This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL OYEK 4

HARVARD LAW LIBRARY.

Received April 30, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Dritter Jahrgang.

Erstes Heft.

Arnsberg, 1836

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalt des ersten Heftes
dritten Jahrgangs.

Seite

I. Ueber die Verfolgung der Kindtheilsrechte von bei Uebertrags-Verträgen nicht zugezogenen Kindern, Rechtsfall mit Nachschrift von Sommer . . . 1

II. 1) Ob bei unbeweglichen Pertinenzen von Landgütern die Gesetze des Hauptguts, oder die der Provinz, in welcher die Pertinenzen liegen, entscheiden?

2) Ob insbesondere von den im Herzogthum Westphalen gelegenen überschießenden Grundstücken jenseitiger Colonate der Fünftel-Abzug wegen der Grundsteuern statt finde?

3) Ob der unterlassene Fünftel-Abzug noch auf später erfallende Renten nachträglich durch Compensation gemacht werden könne, ohne daß die Grundsätze der Condictio indebiti dabei entscheiden? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 11

III. 1) Ueber das Nießbrauchsrecht des überlebenden Gatten eines zur zweiten Ehe geschrittenen Gatten nach der Nassau-Katzenelnbogenschen Gerichts-Ordnung.

2) Ob nach der gedachten Landes-Ordnung auch ein gerichtliches Testament nach der gemeinrechtlichen

Digitized by Google

Seite

Form errichtet werden könne? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 24

IV. 1) Bezieht sich die Befreiung des Staats oder des Landesherrn von Privatzöllen (Allg. L. R. Th. II. Tit. 15. §. 104.) auch auf Privatwege und Brückengeld?

2) Theilen die zum Handel für Rechnung des Staats (z. B. für die Salzregie) transportirten Gegenstände, die Zollbefreiung von allem, was zum eigenen Gebrauche des Staats oder Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt wird?

3) Tritt mit Einführung des allgemeinen Landrechts die darin bestimmte Immunität des Fiskus von Privatzöllen von selbst als eine staatsrechtliche Bestimmung auch im Verhältniß zu schon bestehenden Privatzöllen ein?

4) Muß von Chaussee-Unterhaltungs-Material einem Privat-, Wege- und Brückengelderechtigten diese Abgabe entrichtet werden?

5) Macht es hiebei einen Unterschied, wenn die Anfuhr Privaten in Entreprise gegeben? Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer 32

V. Ob im ehemaligen Großherzogthum Berg die Erbauung der Gebäude als Criterium des bäuerlichen Erbrechts als vor dem Dekret vom 13. September 1811 vorhanden nachgewiesen werden müsse? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Justiz-Rath Cappell in Hamm 52

VI. Ob in Ermangelung eines Uebereinkommens unter den Partheien der Gläubiger, welcher ein Kapital und Verzugszinsen davon zu fordern hat, die ihm von seinem Schuldner geleistete Zahlung erst auf das Kapital verrechnet müsse? Von Sommer . . 57

Digitized by Google

Seite

VII. Ist der Eigenthümer eines Zaunes im freien Felde zu dessen Unterhaltung verpflichtet, und inwiefern ist eine Verjährung denkbar? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Justiz-Rath Cappell in Hamm . . 62

VIII. Ob der Erbverpachter, welcher nach dem Erbpachtcontracte die Communallasten des Erbpachtguts tragen mußte, von dieser Verbindlichkeit dadurch frei geworden, daß der Erbpachter durch die neuere Gesetzgebung Eigenthümer geworden? Rechtsfall, mitgetheilt mit einem Nachwort von Sommer . . 67

IX. Ueber den Begriff eines Landguts im Sinne des allgemeinen Landrechts nebst Rechtsfall. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Cappell in Hamm . . 75

X. Ueber den öffentlichen Verkauf gutsherrlicher Renten. Von einem alten Praktiker in der Grafschaft Mark 83

XI. Ueber die Succession-Ordnung in den adeligen Familien des Herzogthums Westfalen, und über die Untheilbarkeit ihrer Güter. Vom Herrn Justiz-Amtmann J. S. Seibertz in Brilon 89

XII. Wie ist bei dem Erforderniß schriftlicher Verträge der Werth des Vertrags-Gegenstandes zu finden? Rechtsfall, eingeleitet und erörtert von Sommer . . 133

XIII. Ob bei Stifts-Präbenden adlicher Familien ein Vorzug der älteren Linie vor der jüngeren anzunehmen? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 139

XIV. Die Statutarrechte des Herzogthums Westfalen. Vom Herrn Justiz-Amtmann Seibertz zu Brilon . . 141

XV. Ueber Provinzial-Rechte, vom Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor Evelt in Dorsten . . . 151

XVI. Ueber Nichtigkeits-Beschwerden. Ein Rechtsfall . . 161

XVII. Ob der im Erkenntniß unterlassene Vermerk der Anzahl der am Erkenntniß Theil nehmenden Richter

Digitized by Google

Seite

die Richtigkeit des §. 5. Nr. 4. der Verordnung vom 14. December 1833 begründe? Mitgetheilt von Sommer 166

XVIII. Das Wechselrecht und die Lehre von den Handels-Billets, und kaufmännischen Anweisungen nach dem Preuß. Rechte, mit Berücksichtigung des Proceß- und Concurs-Verfahrens. Von Ekelinger und Gräff. Recension von Sommer. 167

Uebersicht der juristischen Literatur vom April bis Juni 1836.

Digitized by Google

Inhalt

des dritten Jahrgangs.

Seite

I. Ueber die Verfolgung der Kindtheilsrechte von bei Uebertrags-Verträgen nicht zugezogenen Kindern, Rechtsfall mit Nachschrift von Sommer . . . 1

II. 1) Ob bei unbeweglichen Pertinenzen von Landgütern die Gesetze des Hauptguts, oder die der Provinz, in welcher die Pertinenzen liegen, entscheiden?

2) Ob insbesondere von den im Herzogthum Westphalen gelegenen überschießenden Grundstücken jenseitiger Colonate der Fünftel-Abzug wegen der Grundsteuern statt finde?

3) Ob der unterlassene Fünftel-Abzug noch auf später erfallende Renten nachträglich durch Compensation gemacht werden könne, ohne daß die Grundsätze der Condictio indebiti dabei entscheiden? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 11

III. 1) Ueber das Nießbrauchsrecht des überlebenden Gatten eines zur zweiten Ehe geschrittenen Gatten nach der Nassau-Katzenelnbogenschen Gerichts-Ordnung.

2) Ob nach der gedachten Landes-Ordnung auch ein gerichtliches Testament nach der gemeinrechtlichen Form errichtet werden könne? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 24

IV. 1) Bezieht sich die Befreiung des Staats oder des Landesherrn von Privatzöllen (Allg. L. R. Th. II. Tit. 15. §. 104.) auch auf Privatwege und Brückengeld?

2) Theilen die zum Handel für Rechnung des Staats (z. B. für die Salzregie) transportirten Gegenstände die Zollbefreiung von allem, was zum eigenen Gebrauche des Staats oder Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt wird?

3) Tritt mit Einführung des allgemeinen Landrechts die darin bestimmte Immunität des Fiskus von Privatzöllen von selbst als eine staatsrechtliche Bestimmung auch im Verhältniß zu schon bestehenden Privatzöllen ein?

Digitized by Google

Seite

4) Muß von Chaussee-Unterhaltungs-Material einem Privat-, Wege- und Brückengeldberechtigten diese Abgabe entrichtet werden?

5) Macht es hiebei einen Unterschied, wenn die Anfuhr Privaten in Entrepriſe gegeben? Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer 32

V. Ob im ehemaligen Großherzogthum Berg die Erbauung der Gebäude als Criterium des bäuerlichen Erbrechts als vor dem Dekret vom 13. September 1811 vorhanden nachgewieſen werden müsse? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Justiz-Rath Cappell in Hamm 52

VI. Ob in Ermangelung eines Uebereinkommens unter den Partheien der Gläubiger, welcher ein Kapital und Verzugszinsen davon zu fordern hat, die ihm von seinem Schuldner geleistete Zahlung erst auf das Kapital verrechnen müsse? Von Sommer . 57

VII. Ist der Eigenthümer eines Zaunes im freien Felde zu dessen Unterhaltung verpflichtet, und inwiefern ist eine Verjährung denkbar? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Justiz-Rath Cappell in Hamm . . 62

VIII. Ob der Erbverpachter, welcher nach dem Erbpachtcontracte die Communallaſten des Erbpachtguts tragen mußte, von dieser Verbindlichkeit dadurch frei geworden, daß der Erbpachter durch die neuere Gesetzgebung Eigenthümer geworden? Rechtsfall, mitgetheilt mit einem Nachwort von Sommer . . 67

IX. Ueber den Begriff eines Landguts im Sinne des allgemeinen Landrechts nebst Rechtsfall. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Aſſeſſor Cappell in Hamm . 75

X. Ueber den öffentlichen Verkauf gutsherrlicher Renten. Von einem alten Praktiker in der Grafschaft Mark 83

XI. Ueber die Succeſſion-Ordnung in den adeligen Familien des Herzogthums Weſtfalen, und über die Untheilbarkeit ihrer Güter. Vom Herrn Justiz-Amtmann J. S. Seiberts in Brilon 89

XII. Wie ist bei dem Erforderniß schriftlicher Verträge der Werth des Vertrags-Gegenstandes zu finden? Rechtsfall, eingeleitet und erörtert von Sommer . . 133

XIII. Ob bei Stifts-Präbenden adlicher Familien ein Vorzug der älteren Linie vor der jüngeren anzunehmen? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 139

XIV. Die Statutarrechte des Herzogthums Weſtfalen. Vom Herrn Justiz-Amtmann Seibertz zu Brilon . . 141

XV. Ueber Provinzial-Rechte, vom Herrn Land- und Stadtgerichts-Director Evelt in Dorsten . . . 151

XVI. Ueber Nichtigkeits-Beſchwerden. Ein Rechtsfall . . 161

Digitized by Google

Seite

XVII. Ob der im Erkenntniß unterlassene Vermerk der Anzahl der am Erkenntniß Theil nehmenden Richter die Nichtigkeit des §. 5. Nr. 4. der Verordnung vom 14. December 1833 begründe? Mitgetheilt von Sommer 166

XVIII. Das Wechselrecht und die Lehre von den Handels-Billets, und kaufmännischen Anweisungen nach dem Preuß. Rechte, mit Berücksichtigung des Proceß- und Concurs-Verfahrens. Von Crelinger und Gräff. Recension von Sommer 167

Uebersicht der juristischen Literatur vom April bis Juni 1836.

XIX. Findet bei nicht abgelösetem Heimfallsrechte noch die frühere Concurrenz des Gutsherrn rücksichtlich der Auslobung der Brautschätze statt? Rechtsfall mit Nachschrift von Sommer 169

XX. Ueber Besitz und Verjährung dessen, welcher durch mündlichen Vertrag ein Immobile an sich gebracht hat. Von Hrn. Ober-Landesgerichts-Assessor Arndts in Paderborn 177

XXI. 1) Begründet allein schon ein Possessorien-Urtel gegen den succumbirenden Theil eine Klage zum Ersatze des durch die dem angeordneten Besitzstande zuwider eigenmächtiger Weise vorgenommenen Handlungen entstandenen Schadens und entgangenen Gewinns?

2) Gilt dieses auch namentlich für den Fall, wo der Besitzstand blos vorläufig auf Grund des §. 158. Thl. I. Tit. 7. Allg. L. R. regulirt ist? Rechtsfall, mitgetheilt von Fr. Th. Boele 226

XXII. 1) Tritt bei einem Klassifikations-Urtel eine Rechtskraft der einzelnen Klassen ein; oder bilden sämmtliche Klassen in dieser Beziehung dergestalt ein Ganzes, daß es, abgesehen davon, auf die Stelle des Liquidats im Allgemeinen ankommt?

2) Wird bei solchen Hypotheken, die bereits unter der Herrschaft des gem. röm. Rechts entstanden sind, das Hypothekenrecht nach dem Rekognitionssysteme allein schon durch die Anmeldung konservirt?

3) Ist zu Verpfändungen von Paderbornschen Meyergütern der gutsherrliche Konsens unbedingt nothwendig? Rechtsfall, mitgetheilt von Fr. Th. Boele 233

XXIII. Das gutsherrlich-bäuerliche Rechts-Verhältniß in besonderer Beziehung auf die vormaligen Eigenhörigen, Erbpächter und Hofhörigen im früheren Hochstifte

Digitized by Google

Münster ꝛc., vom Oberl. Ger. Rath Welter. Recension oder vielmehr einige Bemerkungen vom Hrn. Geh. Justiz- u. Oberl. Ger. Rath Schlüter zu Münster 241

XXIV. Wie sind die vor Einführung der Preußischen Gesetzgebung entstandenen Pfandrechte auf Mobilien und Forderungen, und wie solche ältere im Lauf der bestimmten Präclusiv-Termine nicht angemeldeten Hypotheken auf Immobilien zu classificiren? Abhandlung von Sommer 273

XXV. Von der Absetzbarkeit der Richter in Preußen. Von Sommer.
Auch Recension von
1) Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Band 45. S. 3—86.
2) Ausübung oberstrichterlicher Gewalt des Staats und Cabinets-Justiz in wesentlicher Differenz dargestellt von Karl Friedr. Ferdin. Sieze . . 290

XXVI. Materialien des Allg. Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung; herausgeg. mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister von Dr. A. H. Simon, Geh. Ober-Justiz- u. Revisions-Rathe, und H. L. v. Strampff, K. Ger. Rathe. Recension von Sommer 307

XXVII. Zur Geschichte des Fünftel-Abzuges, u. des Erbrechts der Colonen im Herzogth. Westphalen. Mit 3 Beilagen. Von Sommer 315

XXVIII. 1) Welche Wirkung hat es, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde beim zweiten Instanz-Richter angemeldet wird und dieser dieselbe annimmt?
2) Kann der Richter die Ausführungsfrist für die Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg erweitern? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer . . 327

XXIX. 1) Sind bei Beurtheilung der Zulässigkeit der Revision die beiden ersten Erkenntnisse schon dann verschiedenen Inhalts, wenn dem Revisen das in erster Instanz ganz aberkannte Recht in zweiter Instanz unter Bedingung eines nothwendigen Eides, oder wenn
2) dem Revidenten das in erster Instanz ganz aberkannte Recht in zweiter Instanz nicht in der gehörigen Ausdehnung zuerkannt wird? Rechtsfall, mitgetheilt von Sammer 329

Digitized by Google

Seite

XXX. Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Hrn. Justiz-Minister herausgeg. von A. S. Simon und H. L. v. Strampff. 4ter Bd. Recension von Sommer 331

Uebersicht der juristischen Literatur vom Juni bis August 1836.

XXXI. Ueber die Selbstständigkeit der Klage des Hypothekengläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypothek. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Gustav Cappell in Hamm 335

XXXII. Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister herausgegeben von A. H. Simon und H. L. v. Strampff. 4ter Band. Recension von Sommer. (Fortsetzung) 348

XXXIII. Ob unter der Herrschaft des gemeinen Rechts deferirte Erbschaften seit Einführung des allgem. Landrechts durch Nicht-Einhaltung der darin bestimmten Deliberations- u. Inventar-Niederlegungsfristen dem Erben von selbst zufallen? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 387

XXXIV. Ob gegen den Besitzer eines temporären Rechts zur Sache, der sich dessen berühmt, vor Ablauf der behaupteten Dauer dieses Rechts, die Diffamationsklage statt finde? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 389

XXXV. Ob im Arnsberger Ober-Landesgerichts-Departement die bloße Anmeldung der General-Hypothek im Laufe der Präclusivfrist dieselbe auch ohne Specialisirung erhalten habe? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Franz Michael Pape aus Meschede 395

XXXVI. Abhandlung über die Frage: ob und welche Veränderungen das auf früherhin eigenbehörigen Colonaten, insbesondere in der Grafschaft Rietberg, haftende Heimfallsrecht durch die Westphälische und später durch die Preußische Gesetzgebung erlitten hat. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Brandis aus Paderborn 405

XXXVII. Ueber den Begriff des Compromißvertrages und über die persönliche Fähigkeit zum Schiedsrichteramte. Abhandlung vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor von der Hagen zu Hamm 419

XXXVIII. Inwiefern die Hudeberechtigten gegen die successive Verwandlung eines Laubholz-Waldes in einen Nadelholz-Wald ein Widerspruchsrecht haben. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 483

Digitized by Google

Seite

XXXIX. 1) Die Grundsätze über die Beweislast sind in Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht als Rechtsgrundsätze, sondern als Prozeßvorschriften zu betrachten, und es findet deshalb eine Nichtigkeitsanfechtung nicht statt.
2) Dasselbe gilt von der Frage, ob Beweismittel als erheblich aufzunehmen oder nicht.
3) Es ist keine Nichtigkeit, wenn der Richter in den Gründen ein für den vorliegenden Fall nicht gegebenes Gesetz zwar anführt, die Entscheidung aber nicht gerade darauf gründet.
Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer 492

XL. Ob beim Recognitions-System auch die Rückstände von Real-Lasten auf den damit unbekannten Erwerber passiv übergehen? ob auch mehr als zweijährige? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 495

Uebersicht der juristischen Literatur vom September und October 1836.

XLI. Ob nach den §§. 1 — 4. Cap. 73. der Cleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 und den §§. 99—101. des A. L. R. II. 16. das Zehntrecht auch auf Gußwaaren, so durch den ersten Schmelzprozeß gewonnen, gehe? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Brandis zu Arnsberg 501

XLII. 1) Auch schon vor der 1sten Verordnung vom 4. März 1834 erlangte der Gläubiger, welcher mit Uebergehung der Sequestration die Subhastation ausbrachte, dadurch ein pignus praetorium.
2) Neue Gesetze können auch pro praeterito wenigstens einen solchen Interpretations-Werth haben, als eine sonstige doktrinelle Interpretation.
3) Der §. 4. der Concurs-Ordnung hindert den Richter nicht, zur Beurtheilung der Qualität einer Forderung das Gesetz zu interpretiren.
Rechtsfall, eingeleitet von Sommer . . . 519

XLIII. Auch Etwas zur Geschichte und zum Recht des Fünftel-Abzuges im Herzogthum Westfalen. Vom Herrn Kammerherrn Frhrn. von Schorlemer zu Heringhausen. Mit Nachschrift von Sommer . 530

XLIV. Ueber die Verbindung der Ascendenten-Erbfolge mit der Gütergemeinschaft. Ein Rechtsfall, mitgetheilt vom Hrn. Ober-Landesgerichts-Assessor Arndts in Paderborn 544

Digitized by Google

Seite

XLV. Bindet eine unleserliche Unterschrift des Vertrages, wenn nachgewiesen ist, daß sie als Unterschrift vollzogen worden, übrigens aber der Unterschreibende gewöhnlich nicht unleserlich schreibt? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 549

XLVI. Bürger-Rechte. Theilnahme der Juden an solchen im Herzogthum Westphalen. Rechtsfall, mitgetheilt vom Hrn. Ober-Landesgerichts-Rath Schepers zu Münster 553

XLVII. Wie erlangt der Käufer u. s. w. das Eigenthum, wenn der Verkäufer nicht im Besitze ist, also nicht tradiren kann? Abhandlung von Sommer . . 560

XLVIII. 1) Berührt der durch das Gesetz vom 21. April 1835 eingeführte Allodifications-Zins jeden Besitzer einer vormals Lehnspflichtigen Realität auch den, der in gutem Glauben dieselbe gekauft und einen reinen Hypothekenschein erlangt hat?

2) Ist, wer auf den Grund eines Hypothekenscheines in gutem Glauben ein früheres Lehn erworben hat, auch verbunden, das darin bezogene ältere Hypothekenbuch nachzusehen, und muß er sonst die in diesem enthaltenen Notizen als ihm rechtlich bekannt gegen sich gelten lassen? Rechtsfall, mitgetheilt von einem alten Praktiker in der Grafschaft Mark 567

XLIX. 1) Gehen im Recognitions-System die bei der Subhastation nicht angemeldeten Reallasten auf den Erwerber über?

2) Wirkt die Präclusion der Real-Prätendenten auch, wenn gleich solche nicht öffentlich bekannt gemacht worden? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 577

L. 1) Ob in Folge der Verordnung vom 14. Dec. 1833 in Concurs und Liquidations-Prozessen die Appellation auch noch nach Ablauf der 6 Wochen im Termine zur Regulirung der Appellationen angemeldet werden könne?

2) Ist es eine Nichtigkeit, wenn der Richter auf den Grund einer von den Partheien nicht vorgebrachten Rechts-Einrede entscheidet?

3) Kann ein richterlicher Beamter die Cession einer auf einem rechtskräftigen Urtel beruhenden Forderung ohne besonderes Anerkenntniß des Schuldners annehmen?

Digitized by Google

Seite

4) Findet dieses Verbot auch auf eingetragene Forderungen Anwendung? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 581

LI. Welche Gesetzgebung entscheidet über Mobiliar-Fideicommisse, insbesondere über deren Aufhebung? Von Sommer 593

LII. Ueber die Verpflichtung des Erbverpachters zur fortwährenden Entrichtung der nach dem Fuße der Grundsteuer umgelegten Communal-Lasten. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 599

LIII. Noch Einiges über den §. 233. des A. L. R. I. 21., und über die Form des Leihvertrags überhaupt; als Nachtrag zu dem Aufsatze S. 177. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Arndts in Paderborn 617

LIV. Verträge über Eigenthum an Immobilen wenn auch unter 50 Thaler unterliegen unbedingt der schriftlichen Form. Von Fr. Th. Boele 637

LV. Ueber das Pfand-Recht des Verpächters an den Früchten. Vom Herrn Justiz-Commissar Stute in Soest 650

LVI. Deutsche Geschichte mit besonderer Rücksicht auf Religion, Recht und Staatsverfassung, von Dr. Georg Phillips. Recension von Sommer . . . 653

LVII. Bibliothek des Preuß. Rechts. Ein vollständiges Verzeichniß aller über das Preuß. Recht von den ältesten Zeiten an bis Ende Januar 1835 erschienenen Werke und Abhandlungen. Herausgeg. von Ferd. Julius Hafemann. Recension von Sommer 658

LVIII. Ueber die Anwendbarkeit der prätorischen de recepto actio auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Post-Anstalten, Fuhrleute u. s. w. nach gemeinem Rechte. Ein civilrechtlicher Versuch von Otto. E. Funkhänel. Recension von Sommer 661

LIX. Ausführliches systematisches Handbuch des Preuß. Privatrechts, bearbeitet von Johann Franz Thöne. Auch unter dem Titel: Fundamental-Lehre des Preuß. Privatrechts, einschließlich der Abfassungs-Geschichte des A. L. R. und der Lehre von dem Besitz und der Verjährung, systemat. bearb. von ꝛc. Recension von Sommer 663

Uebersicht der juristischen Literatur vom November und December 1836.

Digitized by Google

I.

Ueber die Verfolgung der Kindtheilsrechte von bei Uebertrags-Verträgen nicht zugezogenen Kindern.

Rechtsfall mit Nachschrift von Sommer.

(Allg. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 74—76. Tit. 4. §. 58. 59. Tit. 5. §. 131. 153. 392. 385. Th. II. Tit. 2. §. 233. Th. I. Tit. 14. §. 400. Tit. 12. §. 646. 656.)

Heinrich Wilhelm Grünewald zu Durchholz schloß am 2. Juni 1829 mit seinem gleichnamigen Sohne einen gerichtlichen Guts-Uebertrags- und Leibzuchts-Vertrag. Er übertrug ihm sein sämmtliches Vermögen, und setzte ihn von Stund an in den Besitz desselben. Der Sohn verpflichtete sich dagegen, an jedes seiner Geschwister zur Zeit der Großjährigkeit derselben 615 Thlr. 11 Sg. 6 Pf., und zur Zeit der Verheirathung eine bestimmte Ausrüstung zu entrichten, und den Eltern die genau bezeichnete Leibzucht zu leisten. Der Cedent behielt sich für den Fall, daß der Cessionar den Leibzucht-Verbindlichkeiten nicht gnüge, den Rücktritt vom Contracte vor.

Digitized by Google

Im Jahr 1830 heirathete die Tochter Clara Helena den J. P. Mittelste Werbeck bei Herbecke, starb am 3. Januar 1833 mit Hinterlassung eines, nachher am 3. Mai 1833 auch gestorbenen Kindes. Ihr Ehemann war durch ein Testament, so wie durch Beerbung des Kindes ihr Erbe. Am 21. August 1833 schlossen indessen H. W. Grünewald sen. und jun. einen neuen gerichtlichen Vertrag, wodurch sie den Vertrag vom 2. Juni gänzlich aufhoben, den neuen Vertrag aber wörtlich eben so, wie den früheren abschlossen, mit alleiniger Ausnahme der der Tochter Clara Helena zugedacht gewesenen Erbtheils und Ausrüstung. Der Zweck dieses neuen Vertrages war sehr klar.

J. P. Mittelste-Werbecke klagte nun am 1. Oktbr. 1833 gegen den H. W. Grünewald jun. auf Entrichtung der seiner Frau zugedacht gewesenen Abfindung und Ausrüstung. Den Einwand, daß seine Frau dem Vertrage vom 2. Juni 1829 nicht mit Bewilligung der Hauptcontrahenten beigetreten (A. L. R. I. 5. §. 73 bis 76.) suchte er durch Antretung des Beweises zu beseitigen, daß der Verklagte den Vertrag zu erfüllen angefangen, und er Kläger und seine verstorbene Ehefrau demselben beigetreten, indem sie schon einige Leistungen, eine Kuh nämlich und Naturalleistungen statt Zinsen vom Verklagten erhalten und angenommen. Er glaubte, daß darin der Beitritt nach §. 58. 59. A. L. R. I. 4. liege, sowie daß seine Ehefrau dem Contracte dadurch mittelbar beigetreten sey, daß ihr Vater als gegenseitiger Contrahent für seine von der Hofesfolge ausge-

Digitized by Google

schlossenen minderjährigen Kinder dabei aufgetreten, und sich für dieselben die Abfindung habe stipuliren lassen. Dies sey insbesondere nach §. 87. Tit 5. Th. I. anzunehmen, und es sey bei der Bestimmung des §. 232 ff. II. 2., wonach die Eltern zur Ausrüstung, und der §. 391 ff. II. 2., wonach dieselben zum Pflichttheil verpflichtet seyen, nichts natürlicher, als daß die Eltern, hier für die Kinder die Abfindung stipulirt haben. Es würden ja sonst, wenn bei einem Uebertrags-Contracte die abgehenden Kinder, wie bei einem gewöhnlichen Vertrage zu Gunsten eines Dritten mit Bewilligung beider Contrahenten persönlich beitreten müßten, um ein Klagrecht zu erlangen, unbedingt alle Uebertrags-Verträge erfolglos seyn, wenn vor erfolgtem Beitritte die übertragenden Eltern verstorben wären. Niemand würde dies aber zugeben, und dennoch würde kein anderer Grund dazu vorhanden seyn, als weil die Eltern durch den Uebertrags-Contract selbst für die abgehenden Kinder den Contract vollzogen und resp. acceptirt hätten. Nur für den einzigen Fall, wenn das abgehende Kind den Fall und den Tag, unter welchem die Ausrüstung und Abfindung zu leisten, nicht erlebt habe, würde dieselbe wegfallen, resp. der Disposition der übertragenden Eltern wieder anheim fallen.

Auf mündliche Verhandlung im summarischen Prozeß erkannte das Königl. Land- und Stadtgericht zu Hattingen am 10. Januar 1834 zu Recht, daß Kläger mit der erhobenen Klage zu enthören, und in die Kosten zu verurtheilen.

Digitized by Google

Gründe.

— — — Erwogen nun, daß

1) Contracte lediglich zwischen den Contrahenten Rechte und Verbindlichkeiten begründen, und dritte Personen nur Vortheile dadurch erwerben können, wenn diese auf den Antrag der Hauptpartheien ausdrücklich beitreten, sonach Mit-Contrahenten werden, übrigens der Beitritt derselben Form wie der Haupt-Contract unterworfen ist (§. 74. 76. 131. 153. Tit. 5. Th. I. A. L. R.);

2) der Contract vom 2. Juni 1829 allein zwischen dem Landwirth Heinrich Grünewald sen. und H. W. Gr. jun. abgeschlossen worden, und nicht behauptet, noch weniger erwiesen ist, daß von denselben der Beitritt des Klägers erfordert, und von letzterem der Beitritt zu dem der Vorschrift der Gesetze gemäß gerichtlich abgeschlossenen Vertrage gerichtlich, oder nur auch notariell erklärt, der mittelbare Beitritt der Ehefrau des Klägers durch deren Vater im beregten Contracte aber an sich nicht, und um so weniger zu erfinden ist, als nach Inhalt des Contracts der Vater die Aufhebung sich vorbehalten hat;

3) die Befugniß der Contrahenten zur Aufhebung jenes Contracts vom 2. Juni 1829 demnach nicht zu bestreiten (§. 385 ff. l. 5.) und

4) die Aufhebung zufolge der vorliegenden Urkunde vom 21. August 1833 zwischen den Contrahenten wirklich geeinigt ist, somit

Digitized by Google

5) der Kläger aus dem Contracte vom 2. Juni 1829 sowohl, weil er nicht Mit-Contrahent ist, als auch, weil der Contract nicht mehr existirt, keine Rechte herleiten kann, und

6) die vom Verklagten etwa angefangene Erfüllung des Vertrages rücksichtlich des Anspruches des Klägers unerheblich erscheint, da zwischen ihm und dem Verklagten der Contract nicht abgeschlossen worden:

so ergibt sich, daß die Klage ungegründet, und danach in der Hauptsache, und nach §. 2. Tit. 23. Th. I. der Allg. G. O. in Betreff der Kosten, wie geschehen, zu erkennen war.

In der Appellations-Instanz wiederholte Kläger seine Argumente, und frug insbesondere, ob, wenn Jemand mit einem Dritten irgend einen Vertrag schließe, und sich dabei einen Vortheil für seinen minderjährigen Sohn ausbedinge, man wohl behaupten wolle, daß der Beitritt des Sohnes zur Erlangung des Rechtes nöthig sey. Es würde sich auch auf §. 392. I. 5. berufen, da die Eltern nach §. 232 ff. 391 ff. II. 2. den Vertrag vermöge obhabender Pflichten gegen die nachgebornen Kinder geschlossen. Auch wurde ad 2 der Erkenntniß-Gründe darauf aufmerksam gemacht, daß der Vater sich nur, im Falle die Leibzucht nicht gehörig geleistet werde, die Aufhebung des Contracts vorbehalten.

Das Ober-Landesgericht zu Hamm bestätigte durch ein am 11. November 1834 publicirtes Urtel das erste Erkenntniß.

Digitized by Google

Gründe.

— — — Es fragt sich daher, ob diese Aufhebung gültig erfolgen konnte, oder ob im Gegentheil die Ehefrau des Klägers mit dem Tage ihrer Verheirathung resp. Großjährigkeit ein jus quaesitum auf die alsdann nach dem Contracte vom 2. Juni 1829 fällig gewordene Ausrüstung resp. Abfindungssumme erlangt hätte?

Diese Frage muß nach §. 75. 76. Tit. 5. Th. I. A. L. R. mit dem Iudex a quo zum Nachtheil des Klägers entschieden werden. Denn hiernach kann bei Verträgen über Vortheile eines Dritten dieser Dritte erst alsdann ein Recht aus einem solchen Vertrage herleiten, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptpartheien beigetreten ist. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile abgeschlossene Vertrag nach dem Einverständnisse der Contrahenten geändert oder gar aufgehoben werden.

Nach §. 153 l. c. muß der Beitritt des Dritten zu dem zwischen andern Contrahenten geschlossenen Vertrage insofern schriftlich erklärt werden, als der Vertrag selbst einer schriftlichen Abfassung gesetzlich bedurfte. Da hier ein Gegenstand über 50 Thaler vorlag, so war der schriftliche Beitritt der klägerischen Ehefrau erforderlich, und ist es, da dieser gar nicht einmal behauptet ist, gleichgültig, ob der Verklagte, wie Kläger beweisen will, schon etwas auf den fraglichen Contract geleistet habe.

Hieraus würde höchstens eine stillschweigende Acceptation des Vertrages, keinesweges aber der schriftliche Beitritt zu dem Vertrage mit Bewilligung der Haupt-

Digitized by Google

Contrahenten folgen. — Nach §. 391 l. c. bedurfte es der Einwilligung der klägerischen Ehefrau, jetzt des Klägers, zu der Wiederaufhebung des zu ihren Gunsten abgeschlossenen frühern Contracts gleichfalls nicht, weil dieselbe diesem frühern Contracte gültiger Weise noch gar nicht beigetreten war. Der §. 392 l. c. fand auf sie gleichfalls keine Anwendung. Der gemeinschaftliche Vater des Verklagten und der Ehefrau des Klägers hat, indem er den Verklagten zu der fraglichen Abfindung und Ausrüstung verpflichtete, keinesweges im Namen seiner Tochter, oder für dieselbe gehandelt. Sie ist als Mit-Contrahentin nicht anzusehen, würde ihrer Seits hinsichtlich der ihr persönlich auferlegten Verpflichtungen — sich bis zum Abzuge den häuslichen Arbeiten nach Kräften mit zu unterziehen — an den Contract nicht gebunden gewesen seyn, und konnte daher auch auf die ihr darin zugedachten Vortheile aus eigenem Rechte, oder als Mit-Contrahentin keinen Anspruch machen.

So lange ihre beiderseitigen Eltern lebten, hatten diese durchaus keine Verpflichtung, sie wegen ihres künftigen Erbtheils abzufinden, denn dies ist der Sinn einer solchen Abfindung vom Hofe. Erst nach dem Tode der Eltern konnte die Klägerin, wenn sie diesen Erbfall, was nicht der Fall gewesen ist, erlebte, als Erbin der Eltern gegen den Verklagten aus dem fraglichen Contracte klagen.

Hinsichtlich der bei der Verheirathung zu leistenden Ausrüstung waltete zwar von Seiten des Vaters der klägerischen Ehefrau eine gesetzliche Verpflichtung ob, Th. II. Tit. 2. §. 233. Man könnte daher die An-

Digitized by Google

sicht gewinnen, daß der klägerischen Ehefrau in Gemäßheit des §. 392. l. 5. ein jus quaesitum, wenn auch nicht auf die Abfindung, doch auf die stipulirten Ausrüstungsstücke vom Tage ihrer Heirath an zugestanden habe. Allein, wenn der Vater auch zur Ausrüstung der klägerischen Ehefrau verpflichtet war, so lag ihm dennoch nicht, wie der §. 392. voraussetzt, die Verpflichtung ob, den fraglichen Contract hinsichtlich der Ausrüstung mit dem Verklagten und zwar für die klägerische Ehefrau abzuschließen. Abgesehen davon, daß er den Contract wirklich auch nicht für, oder im Namen der klägerischen Ehefrau, sondern im eigenen Namen, und nur zum Vortheil derselben abgeschlossen hat, so findet doch auch jene Bestimmung hier schon um deswillen keine Anwendung, weil die Verpflichtung zur Abschließung eines solchen Contracts dem contrahirenden Vater nicht oblag.

Auch als Expromission kann die von dem Verklagten übernommene Verpflichtung zur Ausrüstung nicht angesehen werden, weil auch hierzu die ausdrückliche Einwilligung der klägerischen Ehefrau als der Gläubigerin oder resp. des Vaters erforderlich gewesen seyn würde. §. 400. Th. I. Tit. 14. A. L. R.

Kläger hatte also aus dem Contracte vom 2. Juni 1829 so wenig auf die Abfindung als auf die Ausrüstung ein Klagerecht. Seine gänzliche Abweisung erscheint daher gerechtfertigt.

Digitized by Google

Nachschrift.

Es zeigt sich hier ein Mangel in der Gesetzgebung selbst, eine Nicht-Berücksichtigung der gewöhnlichen ländlichen Verhältnisse. Ein Bauer wurde nach dem Uebertrage rücksichtlich seines bis dahin besessenen Vermögens für bürgerlich todt gehalten, er wurde dieserhalb schon als lebend beerbt, und seine als Hausvater, als Familiengesetzgeber getroffenen Dispositionen waren Allen heilig. Nach dem allgemeinen Landrechte geht dies nun freilich nicht mehr an, diese Gesetzgebung führt in ihrer Consequenz aber auch dahin, daß die in Uebergabe-Verträgen bestimmten Kindtheile häufig gar nicht gefordert werden können. Stirbt nämlich der Vater, der einen bloßen Erbvertrag geschlossen hatte, so können die Kinder die Kindtheils-Bestimmung nach §. 646. A. L. R. Th. I. Tit. 12. als eine einseitige letztwillige Verfügung in Anspruch nehmen; bei Uebergabe-Verträgen, so nach §. 656. zu beurtheilen, ist aber nicht verordnet, daß hier die Bestimmungen zu Gunsten Dritter die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen haben. Es können also in solchem Falle die Kinder sich nicht darauf berufen. Ob sie als Miterben des Vaters den Gutsübernehmer zwingen können, sie dem Vertrage noch hinzutreten zu lassen, bleibt in manchem Betrachte noch zweifelhaft, da sie nicht immer Erben und keinenfalls allein werden, s. Piners im vorigen Jahrgang S. 218.— Die Gesetzgebung muß hier also einschreiten, und wenn einmal die Eltern unwiderruflich dem einen Kinde das

Digitized by Google

Vermögen übertragen, sie rücksichtlich der den anderen Kindern bestimmten Abdikate als deren Vertreter, selbe als mittelbar am Vertrage nach §. 75. A. L. R. I. 5. theilnehmend betrachten, und wenigstens den Uebergabe-Verträgen rücksichtlich nicht zugezogener Dritter die Kraft letztwilliger Verordnungen zugestehen. Die Gesetzgebung muß gelenk seyn, den Verhältnissen des Lebens folgen, diese nicht ohne Noth in theoretischen Spitzfindigkeiten verwirren.

Digitized by Google

II.

1) Ob bei unbeweglichen Pertinenzen von Landgütern die Gesetze des Hauptguts, oder die der Provinz, in welcher die Pertinenzen liegen, entscheiden?

(A. L. R. Einleit. §. 32. Th. I. Tit. 2. §. 105.)

2) Ob insbesondere von den im Herzogthum Westphalen gelegenen überschießenden Grundstücken jenseitiger Colonate der Fünftel-Abzug wegen der Grundsteuern statt finde?

(Hess. Verordn. vom 27. Febr. 1811. §. 1. 2. 3.)

3) Ob der unterlassene Fünftel-Abzug noch auf später erfallende Renten nachträglich durch Compensation gemacht werden könne, ohne daß die Grundsätze der Condictio indebiti dabei entscheiden?

(A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 376. 372. 301. 361.)

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

Für das Herzogthum Westphalen ist unterm 27. Febr. 1811 eine Verordnung erschienen, welche die Colonen und sonstige Belastete zum Abzug eines Fünftels von

Digitized by Google

ihren Präſtationen an die Berechtigten als Vergütung der ihnen ohne Abzug dieſer Laſten aufgelegten Grundſteuer berechtigte. (ſ. Scotti Samml. der Churköln. ꝛc. Verord. Abth. II. Th. 2. S. 552 — 554.)

Das Herzogthum Weſtphalen hat viele Colonate, deren Beſtandtheile in Folge früherer Territorial-Verhältniſſe zum Theil in der Grafſchaft Mark liegen, und umgekehrt. Für den erſtern Fall hat die Verordnung im §. 3. Vorſehung getroffen. Die Geſetze vom 21. April 1825 ignoriren, indem ſie den Fünftel-Abzug in der Regel verbieten, jenes Verhältniß überſchießender Grundſtücke. In folgendem Rechtsfalle iſt dies zur Sprache gekommen.

Die Colonie des Mawick zu Oſtönnen (Soeſter Börde) liegt zum Theil im Herzogthum Weſtphalen. Auf eine Klage des Gutsherrn Freiherrn v. Fürſtenberg vom Jahr 1832 entgegnete der Colon, daß er das Fünftel von der Pacht, welche auf die im Herzogthum Weſtphalen liegenden Beſtandtheile ſeiner Colonie falle, von 1812 ab abzuziehen befugt ſey. Das Land- und Stadtgericht Soeſt wies dieſen Anſpruch durch das Erkenntniß vom $\frac{24. \text{ Oct.}}{26. \text{ Nov.}}$ 1832 ab.

Gründe.

Kläger hat die Befugniß des Beklagten zum Abzuge des Fünftels nicht anerkannt, und es unterliegt auch keinem Bedenken, daß ſolcher demſelben rechtlich nicht zuſtändig iſt. Denn wenn auch die Großherzogl. Heſſiſche Verordnung vom 27. Februar 1811 im §. 2. den Eigenthümer der mit Grundlaſten beſchwerten Grundſtücke ermächtigt, dem Berechtigten den fünften Theil der jähr-

Digitized by Google

lichen Leistung in Abzug zu bringen, so leidet doch diese Verordnung auch auf die im Herzogtum Westphalen liegenden Theile der Mawicker Colonie keine Anwendung, weil dieselben nicht als selbstständige Besitzung erscheinen, vielmehr als Zubehör der in hiesigem Gerichtsbezirke liegenden Mawicker Colonie besessen werden, und da die rechtliche Natur der Zubehörungen einer unbeweglichen Sache sowohl nach gemeinen als Preußischen Rechte nach den Gesetzen der Hauptsache beurtheilt werden muß, so unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die Befugniß des Beklagten zum Abzuge des ganzen oder theilweisen Fünftels lediglich nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen ist, welche auf die Mawicker Colonie als ein Ganzes Anwendung finden. Dieses Gesetz ist das vom 21. April 1825, welches (das IIte) insbesondere im §. 60. verordnet, daß der bäuerliche Besitzer, wenn er vor Einführung der fremden Gesetze die Grundsteuer allein getragen, auch zu dem Abzuge des Fünftels nicht befugt seyn solle; und da, was auch vom Beklagten nicht bezweifelt wird, sämmtliche Colonen der hiesigen Börde seit unvordenklicher Zeit alle von den Colonaten zu entrichtende landesherrliche und Gemeinde-Abgaben ohne Zuthun der Gutsherrn abgeführt haben, observanzmäßig zu deren alleinigen Abführung verbunden waren, so folgt hieraus unwiderleglich, daß auch jetzt der Beklagte sämmtliche von seiner Colonie zu entrichtende Grundsteuern ohne Zuthun der Gutsherrschaft abzuführen verbunden. Aber wenn auch wirklich der Beklagte zu einem verhältnißmäßigen Abzuge von der Pacht hinsichtlich der in das Herzogthum Westphalen überschießenden Zubehörungen befugt wäre,

Digitized by Google

so würden auf der andern Seite doch die in der Soester Börde liegenden Theile der Colonie auch für denjenigen Theil der Pacht verhaftet seyn, welcher auf den Grund Hessischer Gesetze von den im Herzogthum Westphalen liegenden Zubehörungen in Abzug gebracht wurde; denn so wie die Hypothekenschuld auf dem ganzen verpfändeten Grundstücke in allen seinen Theilen zum vollen Betrage haftet, so lastet auch die gutsherrliche Rente ganz auf der Colonie und allen ihren einzelnen Zubehörungen. Im übrigen leidet der §. 3. der Hessischen Verordnung vom 27. Februar 1811 auf vorliegendes Sach-Verhältniß durchaus keine Anwendung, weil er nur Bestimmungen für den Fall, daß einzelne Zubehörungen von Colonaten im Herzogthum Westphalen außer dessen Gränzen liegen, enthält. — Es müßte deshalb Beklagter mit seinem Anspruche auf den Fünftel-Abzug abgewiesen werden.

Durch ein am 27. März 1833 verkündetes Urtel bestätigte das Ober-Landesgericht zu Hamm das erste Erkenntniß.

Gründe.

— — Allein dieser Anspruch erscheint unbegründet; in Betreff der Pertinenzien gelten dieselben Gesetze, wie in Betreff der Hauptsache A. L. R. I. 2. §. 105., und muß deßhalb in Betreff aller Pertinenzien der Mawicks Colonie das Gesetz vom 21. April 1825 in Anwendung gebracht werden.

Die Hofespacht haftet auf dem Hofe als einem Ganzen, und wird aus dem Ganzen gegeben, und läßt es sich gar nicht sagen, daß so viel von der Pacht von

Digitized by Google

der einen Parzele und wieder so viel von der andern Parzele zu zahlen sey.

Nach dem Gesetze vom 21. April 1825 steht ihm aber die Befugniß zum Abzuge von $^1/_5$tel nicht zu, wie dieses alles in sententia a qua richtig ausgeführt ist.

Der Verklagte ergriff das Rechtsmittel der Revision, und Königliches Geheimes Obertribunal erkannte unterm 20. Oktober 1834 zu Recht:

daß die Förmlichkeiten der Revision richtig, auch in der Sache selbst die Erkenntnisse des Königlichen Land- und Stadtgerichts zu Soest und des Königlichen Ober-Landesgerichts zu Hamm de publ. den 6. Novbr. 1832, und den 27. März 1833, insoweit in denselben der Verklagte mit seinem Anspruch auf Abzug eines Fünftels von der Hofesrente abgewiesen worden, dahin zu ändern, daß Verklagter für wohl befugt zu erachten, von den, auf den im Herzogthum Westphalen belegenen, zu seiner Colonie gehörigen Ländereien, verhältnißmäßig haftenden Hofesrente, nach Erhöhung derselben um $^1/_{20}$*) und bis zu deren Ablösung ein Fünftel für die auf jene Grundstücke gelegte Grund-

---

*) Eingeführt durch den §. 19. der Colonat-Verordnung vom 5. Novbr. 1809 als „Entschädigung für den Verlust der Gutsherrschaft, für die Entbehrung der Hoffnung zum Heim- oder Rückfall, und für die Beschwerlichkeit, die damit verbunden ist, daß die Hofespächte, welche bisher von einem Debenten in ungetrennten Summen erhoben werden konnten, künftig in kleineren Theilen von mehreren Debenten angenommen werden müssen."

Digitized by Google

steuer in Abzug zu bringen, wobei der reine Ertrag der gedachten Ländereien zum Grunde zu legen, der Verklagte auch berechtigt, dieses, seinem Betrage nach in separato festzustellende, ein Fünftel seit dem Jahre 1812 auf diejenigen Rückstände seiner Hofesrente, zu deren Entrichtung er durch die oben bezeichneten Erkenntnisse verurtheilt worden, zu kompensiren, die Kosten aller Instanzen aber gegen einander aufzuheben.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Die Großherzoglich Hessische Verordnung vom 27. Febr. 1811 für das Herzogthum Westphalen bestimmt:

§. 1. Der Grundeigenthümer hat alle Steuern und öffentlichen Abgaben, welche nach dem Fuße der Grundsteuern auf das Grundvermögen gelegt werden, allein zu tragen.

Dagegen soll:

§. 2. der Grundeigenthümer, dessen Grundeigenthum mit einer Abgabe an vormalige Gutsherrn, oder überhaupt mit einer Grundlast beschwert ist, die Befugniß haben, dem Berechtigten jährlich den fünften Theil dessen, was er ihm von seinem belasteten Grundvermögen, für das Jahr zu leisten hat, in Abzug zu bringen.

In Bezug hierauf ist durch das Gesetz vom 25. September 1820 die gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse im Herzogthum Westphalen betreffend (Gesetz-Sammlung pag. 191.) im §. 7. verordnet:

„Ueber den in der Verordnung vom 27. Febr. 1811 vorgeschriebenen Abzug eines Fünftels, wegen der

Digitized by Google

Grundsteuer, bleibt eine anderweitige Bestimmung zu näherer Feststellung des Steuerwesens im Herzogthum Westphalen vorbehalten.“ ꝛc.

Eine solche anderweitige Bestimmung ist bis jetzt nicht ergangen, vielmehr ist in dem Patent wegen Einführung des allgemeinen Landrechts ꝛc. in das Herzogthum Westphalen vom 21. Juni 1825 (Gesetz-Samml. pag. 153.) im §. 4. noch besonders bestimmt:

daß es in Bezug auf die gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse im Herzogthum Westphalen bei den deshalb ergangenen Anordnungen sein Bewenden behalte.

Hiernach ist es keinem Bedenken unterworfen, daß der Besitzer eines mit Grundsteuern belegten Gutes im Herzogthum Westphalen auch gegenwärtig noch befugt ist, dem vormaligen Gutsherrn jährlich den 5ten Theil dessen, was er ihm von seinem belasteten Grundvermögen zu leisten hat, in Abzug zu bringen. Dieser Grundsatz wird auch von dem Kläger so wenig, als von den vorigen Richtern bestritten; sie wollen denselben aber deshalb für die in dem Herzogthum Westphalen liegenden Ländereien des Verklagten nicht gelten lassen, weil selbige nicht ein selbstständiges Gut ausmachen, sondern von dem Kläger nur als Zubehör seiner im Soester Bezirk belegenen Colonie besessen werden, indem sie annehmen, daß für jene als Pertinenzstücke der als Hauptsache zu betrachtenden Besitzung des Klägers in der Soester Börde dieselben Gesetze zur Anwendung kommen müssen, welche für die letztere gelten, nämlich das Gesetz vom 21. April 1825, nach welchem ein solcher Fünftel-Abzug nicht ge-

Digitized by Google

stattet ist. Diese Absicht ist indessen offenbar irrig, und beruht auf der ganz unstatthaften Anwendung des §. 105. Tit. 2. Th. 1. des Allg. Landrechts auf den vorliegenden Fall. Nach §. 32. der Einleitung zum Allg. Landrechte kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die in dem Herzogthum Westphalen gelegenen Grundstücke, sie mögen als selbstständige Besitzung oder als Theile einer andern gedacht werden, den dort geltenden Gesetzen unterworfen sind.

Mit Recht wendet Verklagter gegen jene Argumentation ein, daß Niemand dem Landesherrn das Recht streitig machen wird, vermöge seiner gesetzgebenden Gewalt jene Grundstücke, so weit sie bisher steuerfrei waren, mit Steuern zu belegen, und resp. die Rente zu besteuern, welche aus jenen Grundstücken zu entrichten ist. Dies ist hier geschehen, und Kläger muß sich in Beziehung auf die aus jenen Grundstücken zu erhebende Rente den Gesetzen der Gerichtsbarkeit, unter welcher selbige sich befinden, unterwerfen. Daß die Rente, welche von diesen im Herzogthum Westphalen gelegenen Grundstücken entrichtet werden muß, nicht speciell bestimmt ist, kann in den Rechten selbst nichts ändern. Die ursprüngliche Bestimmung der Pachtabgabe gründet sich auf die Voraussetzung, daß der Colon alle zum Gute gehörigen Grundstücke unbeschränkt benutzen könne, und es leuchtet ein, daß, wenn die im Herzogthum Westphalen belegenen Grundstücke nicht zum Gute gehört hätten, die Pacht ursprünglich auf eine verhältnißmäßig geringere Summe festgesetzt seyn würde. Daraus folgt von selbst, daß ein verhältnißmäßiger Theil der Pacht für die Nutzung der im

Digitized by Google

Herzogthum Westphalen gelegenen Grundstücke gezahlt wird, wenn dieses auch nicht ausdrücklich bestimmt worden ist. — Was von einer Herabsetzung des Zinses verordnet ist, wenn ein Erbpachtsgrundstück durch Zufall eine Verringerung erleidet — §. 207. Tit. 21. Th. I. des Allg. Landrechts — paßt nicht auf den vorliegenden Fall, und noch weniger finden die von den vorigen Richtern allegirten Vorschriften Anwendung, daß das Pfand- und Hypothekenrecht auf jedem einzelnen Theil der verpfändeten Sache hafte. — Verklagter ist keinesweges schuldig, die volle Pacht von den in der Grafschaft Mark belegenen Grundstücken allein zu bezahlen, und den Ausfall, den Kläger an der Einnahme von den in dem Herzogthum Westphalen gelegenen Ländereien erleidet, auf jene Grundstücke zu übernehmen. In diesem Sinne bestimmt auch die oben angezogene Großherzoglich Hessische Verordnung im § 3., daß wenn vormals geschlossene Güter, zu denen Grundstücke gehören, die im Auslande gelegen, im Ganzen mit Lasten beschwert sind, im Mangel einer gütlichen Uebereinkunft zwischen dem Grundeigenthümer und dem Berechtigten, der Letztere verbunden seyn soll, eine Taxe des reinen Ertrags der im Auslande gelegenen Grundstücke beizubringen, damit danach und nach dem Steuerkapital der innerhalb der Landesgränze gelegenen Grundstücke die Repartition der Lasten gemacht, und der in Abzug zu bringende 5te Theil bestimmt werden könne. Nach diesem in der Sache selbst beruhenden Grundsätzen muß auch hier in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft ermittelt werden, in welchem Verhältnisse der Ertrag der im Herzogthum Westphalen ge-

Digitized by Google

legenen Grundstücke zu dem Ertrage steht, den die Grundstücke in der Grafschaft Mark gewähren.

Hiernach erscheint der Anspruch des Verklagten auf den Fünftel-Abzug von der Hofesrente von seinen, im Herzogthum Westphalen gelegenen, Ländereien — wie er sich selbst bescheidet, nach Erhöhung derselben um $^1/_{20}$ mit Rücksicht auf die Bestimmung im §. 9. der Großherzoglich Hessischen Verordnung vom 5. November 1809, und wie sich gleichfalls von selbst versteht unter Berücksichtigung der Bestimmung im §. 7. des die gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse im Herzogthum Westphalen betreffenden Gesetzes vom 25. September 1820 — vollkommen gerechtfertigt, und zwar für die Zukunft sowohl, als auch für die Vergangenheit. Dadurch, daß Verklagter seinen Anspruch darauf seit dem Jahre 1812 nicht geltend gemacht hat, ist er offenbar desselben noch nicht verlustig geworden, wie Kläger vermeint, und der Fall einer condictio indebiti liegt hier nicht vor, wo der Verklagte nur Ersatz verlangt für die Steuer, die er für den Kläger vorgeschossen hat, seine Befugniß zur Compensation dieser Forderung mit der vom Kläger eingeklagten rückständigen Hofesrente, kann aber keinem gegründeten Bedenken unterliegen.

Ueber den Betrag des dem Verklagten zu gestattenden Fünftel-Abzugs konnte hier nicht erkannt werden, da selbiger nicht Gegenstand der Instruction und der Entscheidung in den vorigen Instanzen gewesen ist. Die Ermittelung und Feststellung desselben mußte daher einem Separat-Verfahren vorbehalten werden.

Digitized by Google

Die Bestimmung wegen des Kosten-Punktes rechtfertigt sich durch

Paragraph Eilf Titel Drei und zwanzig der Prozeß-Ordnung,

und ist daher überall, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

Berlin, den 20. October 1834.

Sack.

Es ist hierdurch ein für die Grenznachbaren des Herzogthums Westphalen wichtiges Präjudiz gegeben. Zur Rechtfertigung desselben ist noch bemerken, daß der §. 105. Allg. L. R. I. 2. nicht auf einzelne Grundstücke eines Guts gehen könne, da ja das Gut eben nur aus solchen einzelnen Grundstücken besteht, welche im Begriff des Guts vereinigt gedacht sind, und doch nicht ihre eigenen Pertinenzien seyn können. Aus der Geschichte des Herzogl. Westphälischen Fünftels ist auch noch darauf aufmerksam zu machen, daß durch die Verordnung vom 1. October 1806 (bei Scotti Sammlung der Churcöln. ꝛc. Prov. Gesetze Abtheil. II. Th. 1. S. 115.) die Zehnten und Gefälle bereits der Grundsteuer unterworfen waren, und die Verordnung vom 27. Febr. 1811 nur die Form dieser Besteuerung der Gefälle aussprach, und nicht etwa die am 1. October 1806 ausgesprochene Besteuerung der Gefälle aufhob. Eine Verpflichtung, für den Gutsherrn die auf seine Rente gelegte neue Grundsteuer zu tragen, hat für den Colon nie bestanden, und bekannt genug ist es, daß die Contributionen, Schatzungen, früher nur auf das nutzbare Eigenthum gelegt waren. Freilich gilt alles das rationell

Digitized by Google

auch von den Westphälischen Grundsteuer- und Colonat-Verfassungen außer dem Herzogthum Westphalen, doch — warum erneuen den unsagbaren Schmerz? — Vielleicht bringt die Consequenz des neuen Katasters auch dort noch Hülfe. — Merkwürdig ist hier noch eine Stelle in Rehbergs constitutionellen Phantasien eines alten Steuermannes im Sturme des Jahres 1832 S. 64.:

„— Ihren Grundsätzen zufolge sind die Ritterpflich-„ten erloschen: die Ritter-Rechte aber bestehen. „Wenn dieses aber ein Grund ist, Ritterdienste nicht mehr zu leisten, so sollten sie doch abgekauft werden, „und in keinem Falle dürfte der Ersatz des Ausfalls „von dem Bauer neben seinem eigenen Antheile her-„beigeschafft werden. Die Unbilligkeit eines solchen „Verfahrens ist allenthalben anerkannt, wo man neue „Grundsteuer-Ordnungen gemacht hat. — In der letzten „Hälfte des 18ten Jahrhunderts sind im Hessischen „und Braunschweigischen neue Cataster mit großer „Sorgfalt angelegt, in denen die Gutsherrn nicht mit „herangezogen wurden. Aber der Antheil der Steuer, „der sie treffen sollte, und ihnen erlassen worden, „entgeht der Casse. Er wird nicht vom Bauern „bezahlt, so wie die Hanoversche Grundsteuer-Verord-„nung von 1825 ausdrücklich vorschreibt. Die Re-„gierung des verschwundenen Königreichs Westphalen „hatte die richtigen Grundsätze anerkannt, und schrieb „vor, der Censite soll vom Gutsherrn verhältnißmäßi-„gen Ersatz fordern dürfen. Aber die deutschen Ver-„fertiger des Gesetzes hatten die Ausdrücke so bewun-„dernswürdig gewählt, daß kein Richterspruch zu Gun-

Digitized by Google

„sten eines Zinsmeiers erfolgen konnte. Das Gefühl „der Billigkeit bewog die allgemeinen Stände, im „Jahr 1815 auf eine Declaration anzutragen. Ehe „sie aber erfolgte, ist die neue Grundsteuer-Ordnung „von 1825 erschienen, in welcher ausdrücklich bestimmt „ist, daß der Gutsherr in keinem Falle etwas zahlen „oder ersetzen solle.“

Die Ansichten Rehbergs gelten überall viel. Wenn man Bedenken trägt, die Exemtion der gutsherrlichen Renten von der Steuer aufzuheben, so ist doch schwer einzusehen, warum der Colon nun diese Rentensteuer tragen solle, warum man ihn nicht verhältnißmäßig geringer besteuere und den Ausfall auf die Staatskasse übernehme, die ja noch weit bedeutendere Ausfälle durch die überelbischen Exemtionen trägt, und warum man nicht schon gleich die fiskalischen Colonen durch den Fünftel-Abzug oder sonstige Vergütung der vorgelegten Rentensteuer erleichtern. —

Digitized by Google

III.

1.

Ueber das Nießbrauchsrecht des überlebenden Gatten eines zur zweiten Ehe geschrittenen Gatten nach der Nassau-Katzenelnbogenschen Gerichts- und Landes-Ordnung.

2.

Ob nach der gedachten Landes-Ordnung auch ein gerichtliches Testament nach der gemeinrechtlichen Form errichtet werden könne?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(Nassau-Katzenelnbog. Landes-Ordn. Th. III. Kap. 2. §. 1. 13. Th. IV. Kap. 13. §. 3. Nass. Verord. von 1498.)

Beide Fragen sind in der Rechtssache Milhelm Adolph Achenbach zu Siegen Kläger gegen Berg-Amtscalculator Martin Berg daselbst zur Entscheidung gekommen.

Ad. 1.

Berg hatte die Wittwe Brückmann geheirathet. Nach ihrem Tode theilte er mit den Kindern erster Ehe, behielt sich aber den Nießbrauch an dem Nachlasse seiner

Digitized by Google

Frau vor. Da die Kinder dies in der Minderjährigkeit auf Grund einer angeblichen Disposition dieser ihrer Mutter bewilligt hatten, so suchten sie Restitution gegen diese verletzende Theilung nach. Dabei kam es nun als Vorfrage zur Sprache, ob dem Berg nicht schon, abgesehen von jener Disposition, Nießbrauchsrechte zugestanden. Er behauptete dies, ja sogar Eigenthumsrechte, auf Grund einer Stelle in dem 1802 zu Hadamar erschienen Weisthum der Gesetze, Ordnungen und Vorschriften, welche in die Nassauischen deutschen Länder, Ottoischer Linie, von den ältesten Zeiten bis hierhin ergangen sind, Th. I. S. 253. N. VI. 7—9. — Das Hofgericht zu Arnsberg erkannte durch das Urtel de publ. 25. Juli 1831 den Nießbrauch ab.

Gründe.

— — — Zweifelhafter könnte es scheinen, ob dem Beklagten nicht, abgesehen von jener Disposition, der Nießbrauch an dem halben mütterlichen Vermögen, oder wie es in der Schlußdeduction behauptet wird, sogar ein Eigenthumsrecht zustehe, und deßhalb die Klage, als zu früh angestellt, zurückgewiesen werden mußte. Die Nass. L. O. spricht sich in dieser Beziehung klar aus, indem sie im 4ten Theile Cap. XIII. §. 3., unter Bezugnahme auf eine im Jahre 1498 erlassene Verordnung ausdrücklich festsetzt: daß, wenn der Verstorbene aus voriger Ehe eins, oder mehre, und aus der andern Ehe keine Kinder hinterlassen hat, alsdann den Kindern voriger Ehe ihrer verstorbenen Eltern hinterlassenes Gut alsobald völlig anheim gefallen, und dem Letztlebenden keine Leibzucht darauf verstattet seyn solle. Setzen und wollen,

Digitized by Google

heißt es am Schlusse, daß es diesfalls, wie obsteht, jederzeit also gehalten, und den Kindern erster Ehe all' das ihrige, so ihnen solchergestalt auferstorben, ohnsäumlich soll gefolgt und zugestellt werden. Die Vorschrift Cap. VII. Nr. 4., worauf sich Beklagter zur Begründung des in Anspruch genommenen Nießbrauchs-Rechtes bezieht, redet offenbar nur von dem Fall, wenn der überlebende Mann rechter Vater der von der verstorbenen Ehefrau hinterlassenen Kinder ist, und kommt also nicht zur Anwendung. Vorzüglich beruft sich Verklagter auf eine im Weißthum Th. I. pap. 253. angegebene Verordnung, worin es heißt:

„stirbt die Frau ohne vom zweiten Mann Kinder zu haben, so fällt alles ihr eigenes und ihres ersten Mannes Gut den Kindern erster Ehe alsbald zu. Dagegen sollen der verstorbenen beiden Eheleute unbewegliche Pfandgüter, bewegliche Güter und was der letzte Mann und die letzte Frau mit einander erkobert haben, nebst dem, was der letzte Mann in die Ehe gebracht hat, diesem gegen Bezahlung der gemeinschaftlichen Schuld letzter Ehe zustehen und verbleiben."

Diese Verordnung aus dem Jahre 1498 steht mit der angezogenen Bestimmung der Nass. L. O. offenbar im Widerspruch, was um so auffallender erscheint, da in der letztern auf jene von 1498 Bezug genommen wird. — Die von dem Beklagten gegebene Erklärung, daß die Nass. L. O. unter dem Worte „hinterlassenes Gut" nur unbewegliche Grundstücke verstehe, ist nirgends begründet, und widerspricht nicht nur den in der L. O. Cap. 8. Nr. 9 seq. enthaltenen Definitionen von mit-

Digitized by Google

terlichem, väterlichen und erkoberten Gute, sondern findet auch in dem am Eingange §. 3. Cap. 13. gebrauchten allgemeinen Ausdrucke „Verlassenschaft“ ihre Widerlegung. Man muß daher annehmen, daß beide Vorschriften nicht neben einander fortbestehen, sondern die ältere, aus der Verordnung von 1498 entnommene, durch diejenige in der L. O. enthaltene aufgehoben worden sey.

Dies Erkenntniß ward vom 2ten Senat des Ober-Landesgerichts zu Münster durch ein Urtel de publ. 2. März 1833 lediglich bestätigt. Gleiche Bestätigung erfolgte auch in der Revisions-Instanz vom Geheimen Ober-Tribunal unterm 23. Juli 1834.

Gründe.

Auch kann endlich der Verklagte, nach dessen in erster Instanz deshalb aufgestellten Behauptungen, auf welche er später auch nicht ausdrücklich zurückgekommen ist, keinesweges gesetzlich den in der Erbtheilung vom 2. August 1824 ihm zugelegten Nießbrauch oder gar noch ein anderweites besseres gesetzliches Erbtheil in Anspruch nehmen, da die Bestimmungen der Landes Ordn. im Theil 4. Cap. XIII. §. 8. deutlich besagen, daß die Stiefeltern auf das Vermögen der Stiefkinder, welches ihnen von dem zuerst verstorbenen Ehegatten anfällt, kein Successionsrecht und keinen Nießbrauch haben. Auch ist schon vom Richter erster Instanz genügend dargethan, daß diese Bestimmung ungeachtet der im Weißthum Th. I. pag. 253 abgedruckten Verordnung vom Jahre 1498 im vollen Maaße zur Anwendung kommen muß, indem selbst, wenn gedachte Verordnung ein anderes vorgeschrieben hätte, doch der klaren Bestimmung der jüngern

Digitized by Google

Landes-Ordnung der Vorzug gebührt, um so mehr, als die Landes-Ordnung grade jene ältere Verordnung vor Augen gehabt hat, deren Inhalt anders darin angegeben ist, als er im Weißthume allegirt ist, weshalb sogar noch sehr bezweifelt werden muß, ob gedachte Verordnung de 1498 wirklich ursprünglich den Stief-Eltern Erb- und Nießbrauchs-Rechte, welche nach der Bestimmung der Landes-Ordnung nicht statt fanden, beigelegt habe.

Die der Entscheidung zum Grunde gelegte Stelle der Nass. Katzenelnbog. Gerichts- und Landes-Ordnung vom 1. Mai 1616 ist folgende Th. IV. Cap. 13. §. 3.:

„Was aber desselben Leibzüchters, welcher aus erster Ehe Kinder hat, und zur andern Ehe geschritten, und am ersten darin gestorben ist, selbst eigene Güter anlangt: Obwohl zu unterschiedenen malen vorgelauffen, daß, wann keine andere Geding, oder Verordnung vorhanden gewesen, der letzlebende Ehegatte auf aller des Verstorbenen Verlassenschafft, es seyen gleich aus der ersten Ehe Kinder fürhanden gewesen, oder nicht, die Zeit seines Lebens den Nießbrauch zu haben, und dasselbe mit einem Landbrauch zu behaupten unterstanden: Jedoch aber, und weil ein solcher Gebrauch von den Kindern erster Ehe, oftmals ist disputirt, und nicht an einem jedem Ort Unserer Graff- und Herrschaften eingestanden, sondern ein anderes dargethan worden, hierneben auch befindlich, daß Weyland Unseres geliebten Uhr-Alt-Vaters, Herrn Johansen Grafens zu Nassau, zu Vianden und zu Dietz, Herrns

Digitized by Google

zu Breda ꝛc. Seeligens, im Jahr 1498 publicirte und bis anhero an mehrern theils Orthen observirte Ordnung ein anderes, und nemlich dieß vermag, daß wann der Verstorbene aus voriger eines oder mehr, aus der andern Ehe keine Kinder hinterlassen hat, alßdann den Kindern voriger Ehe ihrer verstorbenen Eltern hinterlassenes Guth alsobald völliglich anheim gefallen, und dem Letztlebenden keine Leibzucht darauf verstattet seyn soll. Damit dann inskünftige allenthalben Gleichheit gehalten, und anderm ohnnöthigen Disputiren vorkommen werd, so wollen Wir dieselbe Verordnung, als den allgemeinen Kaiserlichen Rechten gemäß hiermit erwiedert, erneuert und bestätiget haben: Setzen und wollen auch, daß es dießfalls wie obsteht, jederzeit also gehalten, und den Kindern erster Ehe all das ihrige, so ihnen solchergestalt aufferstorben, ohnsäumlich soll gefolgt und zustellt werden.

"Hätte aber der Letztlebende mit dem verstorbenen in stehender Ehe auch Kinder erzeugt, so behält er zwar, vermöge obiger im VII. Cap. beschehener Verordnung, auf derselbigen seiner eheleiblichen Kinder anerstorbenen Portion, die Zeit seines Lebens den Nießbrauch, und wird ihm weiter nicht, dann allein auf seiner Stiefkinder Güther der Nießbrauch hiermit abgeschlagen."

Ad 2.

Die Nass. Katzenelnbog. Landes-Ordnung enthält Thl. III. Cap. 2. §. 1. 2. 3. die Formen der gerichtlichen Testamente. Nachdem das Geh. Ober-Tribunal

Digitized by Google

nachgewiesen, daß diese bei der hier fraglichen letztwilligen Disposition nicht gewahrt, bemerkt dasselbe über die oft bestrittene Frage, ob neben jenen Formen, auch noch gerichtliche Testamente nach den gemeinrechtlichen Formen statt finden:

„Wenn nun aber die fragliche Disposition als ein den Vorschriften der Landes-Ordnung entsprechendes Testament nicht angesehen werden, und deshalb nicht für gültig geachtet werden kann, weil nach bekannten Rechtsgrundsätzen die Gültigkeit der Testamente durch die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften bedingt ist, und die Landes-Ordnung nach der Wortfassung des Eingangs sub I. und der Fassung der Bestimmung sub XII., ebenfalls bestimmt, daß nur unter Beachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten gültig und kräftig testirt werden könne, so kann auch eben so wenig behauptet werden, daß gedachte Verordnung als ein den gemeinen kaiserlichen Rechten entsprechendes Testament, wie Verklagter dieses will, aufrecht zu erhalten seyn, denn abgesehen auch davon, ob des Verklagten Behauptung, die fragliche Verordnung seye als ein den Vorschriften des gemeinen Rechts entsprechendes gerichtliches Testament anzusehen, rechtlich begründet sey, wogegen indeß die erheblichsten Bedenken obwalten, so ist es hier doch entscheidend, daß die Verordnung als gerichtliches Testament nur dann für gültig gehalten werden kann, wenn sie den Vorschriften der Landes-Ordnung entspricht, denn diese derogirt als lex specialis mit Bezug auf die gerichtlichen Testamente dem gemeinen Rechte, und es

Digitized by Google

hat auch der Gesetzgeber selbst zwischen den gerichtlichen und andern Testamenten unterschieden, und nur hinsichtlich der letztern ist nach den sub XIII. enthaltenen Bestimmungen anzunehmen, daß sie auch gültig nach gemeinen und kaiserlichen Rechten errichtet werden können. Die Wortfassung dieser Bestimmung, welche Verklagter ganz mit Unrecht für sich anführt, ergibt dieses deutlich.

Es sind darin verbis: Da aber jemand wäre, der nicht auf vorbemeldete Wege (d. h. nämlich gerichtlich) sondern nach Ordnung der kaiserlichen Rechten solenniter oder aber nuncupative vor Notaren und sieben Zeugen sein Testament machen wollte u. s. w. die gerichtlichen Testamente den auf andere Weise zu errichtenden, gegenüber gestellt, und nur hinsichtlich der letztern ist auf die gemeinen kaiserlichen Rechte verwiesen."

Digitized by Google

VI. 3.398
104.

IV.

1) Bezieht sich die Befreiung des Staats oder des Landesherrn von Privatzöllen (Allg. L. R. Th. II. Tit. 15. §. 104.) auch auf Privatwege und Brückengeld?

2) Theilen die zum Handel für Rechnung des Staats (z. B. für die Salzregie) transportirten Gegenstände die Zollbefreiung von allem, was zum eigenen Gebrauche des Staats oder des Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt wird?

3) Tritt mit Einführung des allgemeinen Landrechts die darin bestimmte Immunität des Fiskus von Privatzöllen von selbst als eine staatsrechtliche Bestimmung auch im Verhältniß zu schon bestehenden Privatzöllen ein?

4) Muß von Chaussee-Unterhaltungs-Material einem Privat-, Wege- und Brückengeldberechtigten diese Abgabe entrichtet werden?

5) Macht es hiebei einen Unterschied, wenn die Anfuhr Privaten in Entreprise gegeben?

Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer.

Die vorliegenden wichtigen Rechtsfragen sind in folgenden Rechtsfällen zur Sprache gekommen.

Digitized by Google

I.

Fiskus bestritt vom 1. Januar 1830 ab der Stadt Dorsten, welche im unvordenklichen Besitze eines Wege- und Brückengeldes ist, die Befugniß, diese Abgabe von seinen Regie-Salz-Transporten zu fordern. Der dadurch entstandene Rechtsstreit ward in folgenden drei Erkenntnissen gegen ihn entschieden.

1) In Sachen der Stadt Dorsten Klägerin gegen fiscum domanialem Verklagten, erkennt der erste Senat des Königlichen Ober-Landesgerichts zu Münster den Akten gemäß für Recht: Daß Verklagter verbunden, der klagenden Stadt nicht nur pro futuro das Wege- und Brückengeld für diejenigen Salzfuhren, welche Königl. Salz in die Niederlage zu Dorsten herein, oder aus derselben hinaus in andere Niederlagen schaffen, zu entrichten; sondern auch nach solchem Maaßstabe die klagende Stadt für die seit dem 1. Januar 1830 stattgehabten Transporte praevia liquidatione zu entschädigen, unter Verurtheilung in die, jedoch wegen der Sportelfreiheit des Fiskus außer Ansatz zu lassenden, Kosten. Von Rechts Wegen.

Gründe.

Bis zum Ende des Jahres 1829 zählte fiscus domanialis für Salztransporte nach Königlichen Magazinen unweigerlich das tarmäßige Wege- und Brückengeld an die Stadt Dorsten. Am 30. December 1829 erließ aber die Königliche Regierung eine Verfügung, wonach von Salztransporten nach Königlichen Niederlagen vom 1. Januar 1830 ab, kein städtisches Pflaster- oder Brückengeld, noch sonst eine Communal-Abgabe er-

Digitized by Google

hoben werden durfte; es wurde daher diese Abgabe nicht mehr bezahlt. Die Stadt Dorsten stellte demnach am 16. December 1830 gegen den Fiskus eine Klage an, worin sie ihren Antrag dahin richtet: Fiskus schuldig zu ertheilen, den fraglichen Zoll nicht nur pro futuro zu entrichten, sondern auch die Stadt in dieser Hinsicht pro praeterito vom 1. Januar 1830 ab wegen der gehabten Salztransporte praevia liquidatione zu entschädigen. Verklagter Fiskus bestritt nun gänzlich der Stadt Dorsten das Recht, Wege- und Brückengeld, und namentlich von rebus fisci, wohin sie das Salzmonopol zählt, erheben zu dürfen, und trägt auf Abweisung der klagenden Stadt an. Der Einwand der fehlenden Legitimation der Klägerin wird durch §. 4. des Anhanges zur A. G. O. beseitigt. Was die Sache selbst betrifft; so ergibt Abschnitt III. Tit. 15. Th. II. A. L. R., daß auch Privatpersonen das Recht zur Erhebung von Wege- und Brückengeld haben können; nur muß der Nachweis der Verleihung vom Staate geführt werden. Auf welche Weise die Stadt Dorsten anfänglich zur Erhebung dieses Wege- und Brückengeldes gekommen, mag dahin gestellt bleiben. Anerkannt ist aber vom Fiskus, daß seit dem Jahre 1717 die Stadt das Wege- und Brückengeld von allen Fuhren empfing, für sich verpachtete, und daß Fiskus seit der Vereinigung des Vestes Recklinghausen mit der Preußischen Monarchie bis Ende des Jahres 1829 von den Königlichen Salzfuhren die städtischen Abgaben entrichtet hat. Daß dergleichen Privaterhebungen durch die Fremdherrschaft für das Großherzogthum Berg aufgehoben, und durch die Preußischen Gesetze nicht

Digitized by Google

wieder eingesetzt worden, hat nicht erwiesen werden können.

Wenn nun aus dem Zugeständnisse des fisci hervorgeht, daß die klagende Stadt seit unvordenklicher Zeit das fragliche Recht besessen; die vom Staate erfolgte Verleihung desselben also voraus gesetzt werden muß, so kann durch eine bloße administrative Verfügung der Stadt ein solches Recht nicht genommen werden, vielmehr muß nach §. 136. A. L. R. I. c. ein solcher Streit im Wege Rechtens entschieden werden. Der Tarif, nach welchem die Stadt die Abgabe erhob, ist von der vorgesetzten Regierung geprüft worden; und somit auch dem §. 91 l. c. Gnüge geschehen. Wenn hiernach feststeht, daß die Stadt zur Erhebung des Wege- und Brückengeldes befugt war, so kommt es nur darauf an, ob Fiskus davon eine Befreiung für seine Salztransporte nachweisen kann. Fiskus führt für sein Recht der Befreiung besonders den §. 104. des A. L. R. Th. II. Tit. 15. an, welcher sagt: daß alles was zum eigenen Gebrauche des Staats oder Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt werde, in der Regel, wo nicht Provinzialgesetze und besondere Verfassungen ein anderes mit sich brächten, die Befreiung auch von den Privatzöllen genieße. Diese gesetzliche Bestimmung kann hier aber keine Anwendung finden, denn das Salz wird keinesweges zum eigenen Gebrauche des Staats oder des Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt, sondern der Staat transportirt es nur, damit den ausschließenden Handel zu treiben. Fiskus ist daher verbunden, der klagenden Stadt, wie vor, das Wege- und Brückengeld

Digitized by Google

von den Salztransporten zu entrichten, und die Stadt für die Zeit seiner Weigerung zu entschädigen. — Auf die Erweiterung des Klageantrags Seitens der Stadt, kann für jetzt keine Rücksicht genommen werden, da er erst im Schlußberichte vorgebracht ist. Jedenfalls müßte aber der Stadt auch die Ausführung ihres etwaigen Rechts im besonderen Prozesse unbenommen bleiben. Die Kosten fallen dem Verklagten wegen dessen Succumbenz in der Hauptsache zur Last; sind aber wegen dessen Sportelfreiheit außer Ansatz zu lassen.

publ. 30. Mai 1832.

I. Senat des Königl. Ober-Landesgerichts.

2) In Sachen des fisci domanialis, Verklagten und Appellanten, wider die Stadt Dorsten, Klägerin und Appellatin, erkennt der II. Senat des Königl. Ober-Landesgerichts den Akten gemäß für Recht: daß die Förmlichkeiten der Appellation für berichtigt zu achten, zur Sache selbst auch das von dem ersten Senate des hiesigen Königl. Ober-Landesgerichts unterm 30 Mai 1832 erlassene Erkenntniß aus den darin angegebenen, und nicht widerlegten Gründen lediglich zu bestätigen; unter Verurtheilung des Verklagten in die Kosten, wovon die gerichtlichen wegen der Kostenfreiheit des Fiskus jedoch außer Ansatz zu lassen.

Von Rechts Wegen.

II. Senat des Königl. Ober-Landesgerichts.

3) In Sachen des Fiskus, vertreten durch die Königl. Provinzial-Steuerdirection zu Münster, Verklagten

Digitized by Google

jetzt Revidenten, wider die Stadt Dorsten, Klägerin jetzt Revisin, erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht: Daß die Förmlichkeiten der Revision für berichtigt anzunehmen, in der Hauptsache aber die am 30. Mai 1832 und am 12. Septbr 1832 eröffneten Erkenntnisse des ersten und zweiten Senats des Königl. Ober-Landesgerichts zu Münster zu bestätigen. Fiskus auch schuldig die Kosten dieser Instanz allein zu tragen, und zu erstatten, die gerichtlichen Kosten jedoch niederschlagen. Von Rechts Wegen.

Gründe.

Das Recht der Stadt Dorsten zur Erhebung eines Wege- und Brückengeldes ist für festgestellt zu achten. Die von dem Magistrat zu Dorsten vorgelegten, von dem Fiskus anerkannten, Urkunden aus dem Stadtarchiv weisen nach: daß die Stadt seit 1717 die Wege- und Brückengeld-Einnahme öffentlich verpachtet gehabt hat. Als die Stadt Dorsten der Preußischen Hoheit unterworfen wurde, bestand das Recht. Der Fiskus erkannte dasselbe dadurch ausdrücklich an, daß er die fernere Verpachtung genehmigte, den Erhebungstarif bestätigte, und die Abgaben von Anfang an auch von seinen eignen Salzfuhren bezahlte. Auf den Ursprung des Rechts kommt es deshalb nicht weiter an. Die Ausübung desselben seit länger als 100 Jahren begründet die gesetzliche Vermuthung, für die auf rechtliche Art stattgefundene Erwerbung des Rechts. Diese hat der Fiskus nicht entkräftet. — Die Abgabe ist kein Zoll, oder eine Steuer von Waaren und andern Gegenständen des Handels, vielmehr eine Auflage zur Unterhaltung der Brücken und Wege, und von

Digitized by Google

denjenigen zu entrichten, die sich dieser Anstalten bedienen. Daß der Stadt Dorsten die Verbindlichkeit obliege, ihre Wege und Brücken auf eigene Kosten zu unterhalten, ist von dem Fiskus nicht bestritten, daß die Wege- und Brückengelder-Einnahme nicht zu dieser Unterhaltung dient, ist von ihm nicht behauptet worden. Die Freiheit von der Entrichtug dieser Abgabe hat der Fiskus nicht dargethan. Aus der vormaligen deutschen Reichsverfassung kann die Freiheit nicht hergeleitet werden. Eine solche bestand überhaupt nur für die eigentlichen Zölle, nicht für eine Abgabe der Art, wie sie hier gefordert wird. Ferner waren auch nur die eigenen Güter der Fürsten, und nicht das Staats-Eigenthum überhaupt von der Abgabe frei, noch weniger aber die zum Handel von Seiten des Staats ausgeführten Gegenstände. Fischer Cameral- und Polizei-Recht Th. II. §. 617. Haeberlin Handbuch des deutschen Staatsrechts Th. II. §. 337 sq. Die Vorschrift des Allgem. Landrechts Th. II. Tit. 15. §. 104. begründet die von dem Fiskus in Anspruch genommene Freiheit ebenfalls nicht. Dieselbe findet auf das aus der ältern Zeit entstandene Recht der Stadt Dorsten nicht Anwendung (Patent wegen Wiedereinführung des Allg. Landrechts und der Gerichtsordnung in die von den Preuß. Staaten getrennt gewesenen Provinzen vom 9. September 1814 §. 3. Einleitung zum Allg. Landrecht §. 14 seq.), unterstützt auch den Anspruch des Fiskus deshalb nicht, weil sie sich nur auf die eigentlichen Zölle bezieht, und ferner nur die zum eigenen Gebrauche des Staats bestimmten Gegenstände von der Abgabe für frei erklärt, zu diesen aber die zum

Digitized by Google

Handel für Rechnung des Staats ausgeführten Gegenstände nicht gerechnet werden können. Seit Einführung der neuen Steuer-Verfassung sind ferner zwar alle Privatzölle aufgehoben, die Abgaben zur Unterhaltung der Schiffahrt, Schleusen, Wege und Brücken dagegen sind ausdrücklich beibehalten. Zollverordnung vom 26. Mai 1818. § 17—20. Die Stadt Dorsten macht hier gerade eine Abgabe der letztern Art geltend, und die sonst hinsichts der Privalzölle in Kraft gewesenen gesetzlichen Vorschriften können ihr daher nun um so weniger entgegengesetzt werden. Hiernach muß Fiskus das Recht derselben in dem Umfange, wie es von Anfang an bestanden hat, und durch die neuen Gesetze ausdrücklich aufrecht erhalten worden ist, auch gegen sich anerkennen, und für die, bisher von der Entrichtung der Abgabe nicht frei gewesenen, Salztransporte dieselbe auch ferner erlegen. Die beiden erstern Erkenntnisse waren deshalb zu bestätigen, und der Kostenpunkt war nach Vorschrift der Allg. Gerichts-Ordnung Thl. I. Tit. 23. §. 10. festzusetzen.

publ. Münster den 19. März 1834.

(L. S.) (gez.) Sack.

Urkundlich ist vorstehendes Revisions-Erkenntniß, wovon das Original in den Akten geblieben, unter des Königl. Ober-Landesgerichts größerm Insiegel und gewöhnlicher Unterschrift ausgefertigt.

Münster, den 26. März 1834.

L. S. (gez.) v. Bernuth. (gez.) Deppenbrock.

Digitized by Google

II.

Der Churfürst von Cöln Max Franz hatte durch einen Vertrag vom 20. Mai 1788 die Graberbrücke bei Wickede im Herzogthum Westphalen dem Erbsälzercolleg zu Werl in Erbpacht gegeben, welche am 1. Jan. 1826 durch Kauf auf H. D. Langenbach zu Wickede überging. In der Erbpachts-Urkunde waren für den Landesherrn oder den Staat keine Befreiungen vorbehalten. — Schon im Jahre 1823 kam es zur Sprache, ob der Fiskus vom Straßen-Unterhaltungs-Material Brückengeld zu entrichten schuldig sey, das Handels-Ministerium erkannte diese Verpflichtung durch eine Verfügung vom 4. April 1823 an. Im Jahre 1832 ward diese Verfügung aber vom Ministerium des Innern auf den Grund des inzwischen (vom 1. Dezember 1825 ab) eingeführten allgemeinen Landrechts wieder aufgehoben. Langenbach klagte daher, weil die Regierung nun durch ihren Entreponneur die Steinfuhren Brückengeldfrei fahren ließ, am 31. Januar 1832 gegen den Wegebaufiskus und Königliches Hofgericht erkannte am 29. Nov. 1833 zu Recht,

daß Kläger mit seiner unterm 31. Januar 1832 dahin angestellten Klage zu erkennen, daß von den das Chaussee-Bau-Material anfahrenden, die fragliche Brücke passirenden Fuhren, vorbehaltlich des pro praeterito in separato geltend zu machenden Brückengeldes, das tarifmäßige Brückengeld bezahlt werde, gegen Fiskus abzuweisen, und sämmtliche Kosten zu tragen schuldig sey. Von Rechts Wegen.

Digitized by Google

In den

Gründen

ward Folgendes bemerkt:

— wogegen der Verklagte nach §. 104. Th. II. Tit. 15. A. L. R., wonach alles, was zum eigenen Gebrauch des Staats oder des Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt wird, in der Regel, wofern nicht Privatgesetze und besondere Veranlassungen ein anderes mit sich bringen, die Befreiung von dem Privatzoll genießen soll, die Freiheit von dem qu. Brückenzoll in Anspruch genommen hat. Dieses Gesetz findet im vorliegenden Falle Anwendung.

Es ist unrichtig, wenn Kläger dasselbe aus dem Grunde bestreitet, weil in demselben nur von Privatzöllen, und der Freiheit davon beim Transport aller solcher Sachen, die zum Gebrauch des Staats bestimmt sind, die Rede sey, Brückengeld aber nicht als eine Zollabgabe, welche letztere nur von Waaren und Sachen, nicht von Personen, Vieh und Fuhrwerk erhoben werde, anzusehen sey. Nach §. 88. a. a. O. ist Zollgerechtigkeit überhaupt das Recht, von demjenigen, welcher sich der Hafen, Ströme, Brücken und Fuhren bedient, eine gewisse bestimmte Abgabe zu fordern. Die im §. 89. gemachte Unterscheidung und der Umstand, daß das Landrecht in diesem Titel von Zoll im eigentlichen Sinne und über Brückengeld zugleich handelt, stellt es außer Zweifel, daß das Landrecht auch letzteres unter dem Ausdruck: Zoll begreift. Ferner ist es unrichtig, wenn Kläger diesem Gesetze die Anwendbarkeit bei vorliegender Sache

Digitized by Google

deshalb abspricht, weil dasselbe rückwärts angewendet werden würde. Dieses Gesetz faßt eine staatsrechtliche Bestimmung in sich, welche mit dem Augenblicke seiner Einführung in Kraft trat. Etwa frühere andere gesetzliche Bestimmungen hörten mit dem Tage der Verkündigung dieses Gesetzes auf, da jede, das Verhältniß des Staats zu seinen Unterthanen regulirende, Bestimmung, wozu auch die vorliegende gehört, eine Bedingung ist, unter welcher der Regent regieren will, und die der Unterthan eben darum anerkennen muß, sofern dadurch nicht sein bereits erworbenes Recht gekränkt wird. Dem Kläger ist aber in seiner Concession nur im allgemeinen zugestanden, Brückengeld zu fordern, und dadurch keineswegs ein Recht in der Art erworben, die durch eine spätere Gesetzgebung statuirten Befreiungen als seinen Rechten entgegenstehend anzufechten. Wenn Kläger endlich behauptet, daß das Chaussee-Baumaterial welches geständlich durch Entrepreneurs angefahren wird, nicht als eine solche Sache anzusehen sey, welche zum eigenen Gebrauch des Staats bestimmt sey, so ist dies unbegründet. Die Verleihung zur Erhebung von Brücken-, Fahr- und Wegegeld gehört nach gemeinem Rechte, wie auch nach den landrechtlichen Bestimmungen zu den Rechten der Landeshoheit. Die Zollgerechtigkeit im eigentlichen Sinne, nämlich Abgaben von Waaren, welche gemeinrechtlich von den obigen Abgaben strenge geschieden war, gehörte zu den kaiserlichen Reservatrechten. Bei der Verleihung der Zollgerechtigkeit an Private in dem Sinne, wie sie hier angenommen werden muß, streitet die rechtliche Vermuthung dafür, daß der Staat sich

Digitized by Google

die Befreiung davon vorbehalten habe, und Fiskus daher keinen Zoll zu zahlen braucht.

Ein anderes Verhältniß scheint zwar einzutreten, wenn Fiskus die Anfuhr der Steine zum Chausseebau Privaten in Entrepreise gibt. Allein es hat dieses auch nur den Schein für sich. Erwägt man, daß im Falle, wo blos das Anfahren durch andere geschieht, der Fiskus stets indirect das Brückengeld trotz der sich vorbehaltenen Freiheit zu bezahlen haben würde, wenn man die Entrepreneurs zur Zahlung des Weg- oder Brückengeldes verpflichten wollte, weil dann der Entrepreneur bei dem für die Fuhr bedungenen Preise die Abgabe in Anschlag bringen wird, so verschwindet dieser Schein, und es stellt sich hervor, daß es ganz gleich, ob Fiskus durch eigene oder gedungene Fuhren das Material anfahren läßt. Die Freiheit von der Abgabe ist nicht in Bezug auf das Transportmittel, sondern in Bezug auf die moralische Person des Fiskus reservirt und gesetzlich bestimmt, Fiskus kann deshalb seine Zollfreiheit nicht an Privatpersonen zu deren Begünstigung nach dem folgenden §. 105. abtreten, wohl aber insofern, als seine Begünstigung dadurch bezweckt wird. Fiskus gibt im vorliegenden Falle den Entrepreneurs Zollfreiheit, weil er sonst indirect das Brückengeld wieder zu erstatten, also trotz seiner Freiheit dennoch zu entrichten hätte. — Kläger mußte außerdem mit seiner Klage auch schon um deshalb abgewiesen werden, weil wegen der Zollfreiheit die Klage auf Zahlung von Brückengeld gegen den Fiskus gar nicht statt findet. — Der Umstand, daß Privatleute mit Steinen zum Chausseebau über die Brücke gefahren sind, be-

Digitized by Google

gründet auch keine Klage gegen den Fiskus. Kläger mußte vielmehr, wenn diese auf Befreiung Anspruch machen wollten, seine Klage speciell gegen diese richten, und diesen mußte es überlassen bleiben, dem Fiskus, wovon sie ihr Befreiungsrecht ableiten, litem zu denunciiren und denselben zu ihrer Vertretung aufzufordern. Die Entscheidung über den Kostenpunkt findet in Tit. 23. Thl. I. §. 2. seine Bestätigung, und konnte demnach überall nicht anders als geschehen erkannt werden.

Der Kläger appellirte gegen dieses Erkenntniß, und erwirkte am 5. Jan. 1834 folgendes Appellations-Erkenntniß des Ober-Landesgerichts zu Münster (II. Sen.):

daß formalia appellationis für berichtigt zu halten, zur Sache selbst aber das Erkenntniß des Königl. Hofgerichts zu Arnsberg de publ. den 29. Novbr. 1833 dahin abzuändern sey, daß dem fisco die prätendirte Freiheit vom qu. Brückengeld für die Chaussee-Bau-Material-Fuhren, sie seyen eigene oder gedungene, resp. in Entrepreise gegebene, abzuerkennen, und Fiskus schuldig, das tarifmäßige Brückengeld davon sowohl pro futuro zu entrichten, als pro praeterito den Kläger zu entschädigen, wie in separato näher zu ermitteln, unter Compensation der Kosten beider Instanzen, von denen jedoch die auf den Fiskus fallenden gerichtlichen niedergeschlagen, resp. außer Ansatz gelassen werden.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Gründe, aus welchen der vorige Richter den Kläger abgewiesen hat, sind folgende:

Digitized by Google

1) Hätte Kläger sich an die Fuhrleute selbst halten müssen, welche die fraglichen Fuhren über die Brücke brachten, und diese hätten dann dem fisco litem denunciren müssen.

Auf diesen Einwand konnte aber Fiskus sich wohl nicht berufen, weil er gerade für diese Fuhren, eben als für seine eigenen die Freiheit vom Brückengelde in Anspruch nimmt, behauptend, was auch an sich richtig ist, daß es einerlei sey, ob er die Baumaterialien mit eigenem oder gedungenem Fuhrwerke anfahren lasse, daß er im letztern Falle indirekt das Brückengeld zu bezahlen haben würde. Jedenfalls könnte dieser Einwand nur dem Entschädigungs-Anspruch des Klägers pro praeterito entgegen gesetzt werden, der Prozeß über die vom Fiskus behauptete Immunität pro futuro kann aber nur mit ihm selbst geführt werden. Es tritt aber noch hinzu, daß die Regierung ausdrücklich dem Wegebau-Inspector unter der Bekanntmachung, daß die Fuhren frei seyen, die Anweisung gegeben hat, solche Vorkehrungen zu treffen, daß sie als Wegebaufuhren sich legitimiren, das enthält offenbar die Weisung, darauf zu sehen, daß darauf kein Brückengeld erhoben werde, also muß auch Fiskus dafür einstehen.

2) Beruft sich Fiskus und der vorige Richter auf den §. 104. Tit. 15. Thl. II. des Allg. L. R., er sagt: Dies Gesetz faßt eine staatsrechtliche Bestimmung in sich, welche mit dem Augenblicke seiner Einführung in Kraft trat. Etwa frühere oder andere gesetzliche Bestimmungen hörten mit dem Tage der Verkündigung dieses Gesetzes auf, da jede

Digitized by Google

das Verhältniß des Staats zu seinen Unterthanen regulirende Bestimmung, wozu auch das vorliegende gehört, eine Bedingung ist, unter welcher der Regent regieren will. Es handelt sich hier aber von Privatrechten, die durch einen besonderen Vertrag mit dem Fiskus erworben sind, und wenn der Inhalt dieses Vertrags oder die Auslegung desselben nach den Grundsätzen des damals geltenden Rechts jura quaesita wirklich begründete, dann können solche durch spätere Gesetze nicht verletzt werden.

§. 14. des Patents vom 21. Juni 1825.

Wer zur Zeit der eingetretenen Gesetzeskraft des Landrechts in einem nach bisherigen Rechten gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgend einer Sache oder eines Rechts sich befindet, soll dabei gegen Jedermann geschützt werden.

Es kommt also darauf an, ob tempore contractus resp. vor Publikation des Landrechts, die fragliche Immunität des Fiskus begründet war. Der Vertrag selbst sagt hierüber nichts ausdrückliches. Er bestimmt aber gewisse Fälle, wo die Freiheit von Brückengelde statt finden soll, und darunter ist der vorliegende nicht begriffen. Daraus ergibt sich an und für sich der Schluß, daß die Immunität nicht begründet sey. Wäre es aber gemeinen Rechtens, daß Fiskus unter allen Umständen von jeder Art von Zöllen und Brückengeldern, sie mögen entstanden seyn wie sie wollen, frei wäre, dann würde diese Rechtsregel, da in dem Contrakte nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist, als stillschweigend dabei vorausgesetzt, angenommen werden müssen. Allein diese

Digitized by Google

Rechtsregel ist nicht in solcher Allgemeinheit begründet. Zwar sagt: L. 9. §. 8. de publicanis „Fiscus ab omnium vectigalium praestationibus immunis est.“ Allein das Römische Recht kennt nur vectigalia publica. Sie wurden, wie aus der römischen Staatsverfassung bekannt ist, verpachtet, und daher entstand natürlich die Frage, ob der Pachter auch vom Fiskus Zoll erheben durfte. Hier ist aber der Fall da, wo Privatpersonen gegen einen Canon die Erlaubniß gegeben ist, auf ihre eigenen Kosten eine Brücke über die Ruhr zu bauen, und von denen die sie benutzen, ein Brückengeld zu erheben. Dies Brückengeld ist nichts anderes, als ein Aequivalent für die Bau- und Unterhaltungs-Kosten der Brücke, und es ist kein Grund abzusehen, der den Fiskus berechtigen sollte, dies Privateigenthum Anderer umsonst zu benutzen.

Es konnte daher in der Hauptsache nur reformatorie erkannt werden, wovon hinwiederum die Entscheidung über den Kostenpunkt abhängig war.

Fiskus ergriff dagegen das Rechtsmittel der Revision. Das Geheime Ober-Tribunal bestätigte aber unterm 1. Juli 1835 das Erkenntniß des Ober-Landesgerichts zu Münster.

Gründe.

Der Churfürst von Cöln Maxmilian Franz hat als Landesherr des Herzogthums Westphalen, besage des Contracts vom 20. März 1788 den Erbsälzern zu Werl, von welchen der Kläger sein Recht herleitet, die von denselben in der Gegend von Wickede über die Ruhr erbaute Brücke, die Graberbrücke genannt, unter der Ver-

Digitized by Google

pflichtung, die Brücke in baulichen Stande zu erhalten, und an ihn, den Landesherrn, einen jährlichen Canon von 15 Thlrn zu entrichten, in Erbpacht gegeben. Dieser Vertrag besteht noch. Insbesondere erfüllt der Kläger unausgesetzt die den Erbpächtern darin auferlegten Verpflichtungen. Das Verhältniß des Klägers gegen den Staat ist demnach nach dem mit dem vorigen Landesherrn geschlossenen lästigen Contracte und den zur Zeit des Abschlusses desselben geltenden Gesetzen zu beurtheilen.

Den Erbpächtern ist in dem Contracte die Befugniß beigelegt, von den Fuhrwerken, und den Personen, welche die Brücke passiren, eine in dem Tarife näher bestimmte Abgabe zu erheben. Ausgenommen hiervon sind nur die Einwohner von Menden, welche an den Sonn- und Festtagen des Vormittags zur Kirche gehen.

Der Landesherr hat sich die Befreiung von Erlegung des Brückengeldes weder für seine Person noch zu Staatszwecken vorbedungen, und doch war dies nothwendig, da sich dieselbe nicht von selbst verstand.

Das Brückengeld kann den Umständen nach nur als eine Abgabe für den Gebrauch der Brücke und ein Beitrag zur Unterhaltung derselben angesehen werden.

Hieraus folgt: daß, wer sich der Brücke bedient, auch die darauf gelegte Abgabe entrichten muß. Die L. 9. de publicanis et vectigalibus sagt zwar §. 8.: „Fiscus ab omnium vectigalium praestationibus immunis est;“ allein da, wo die ratio legis, nämlich, daß Fiskus an sich selbst zahlen würde, wegfällt, hat man die Vorschrift nie angewendet, vielmehr privati welche mit Bewilligung des Staats Brücken auf ihre

Digitized by Google

Kosten angelegt und unterhalten haben, stets zur Erhebung einer Abgabe für die Gestattung des Gebrauchs von Jedermann ohne Unterschied für befugt erachtet.

Hellefeld, Jurisprud. forensis §. 1693. Wernher P. VI. observ. 437. Strube in seinen rechtlichen Bedenken Thl. 2. Nr. 71.

Nach der Verfassung des ehemaligen deutschen Reichs waren die Fürsten ebenfalls nur von den eigentlichen Zöllen und auch nur für den eigenen Bedarf und nicht zu Staatszwecken frei.

Fischers Cameral- u. Polizei-Recht Th. II. §. 617. Häberlins Handbuch des deutschen Staatsrechts Th. II. §. 357.

Die Ausführung des Verklagten, daß es dem Kläger an einem Titel zur Erhebung des Brückengeldes von den Chaussee-Baumaterialien-Fuhren fehle, weil ihrer in dem Tarif nicht gedacht worden, widerlegt sich dadurch, daß nach dem Tarif das Brückengeld, nicht nach dem Gegenstande der Ladung, sondern nach der Bespannung der die Brücke passirenden Fuhrwerke bezahlt werden muß.

Es ist nicht behauptet worden, daß unter der vorigen Regierung zu irgend einer Zeit pro fisco die Befreiung von der Entrichtung des Brückengeldes in Anspruch genommen ist. Unter Preußischer Hoheit aber hat das vormalige Ministerium des Handels durch die Verfügung vom 4. April 1823 die Verbindlichkeit des Fiskus zur Entrichtung des Brückengeldes für die derartigen Fuhren anerkannt.

Da solchergestalt die Erbpächter der Brücke sich auch zur Zeit der Einführung des Allgemeinen Landrechts in

Digitized by Google

das Herzogthum Westphalen, durch das Patent vom 21. Juni 1825 in dem Besitze des ihnen durch den Contract vom 1788 beigelegten Rechtes zur Erhebung des Brückengeldes gegen den Fiskus befunden haben, so darf Fiskus den Kläger in seinem Rechte nicht aus einem aus dem allgemeinen Landrechte entlehnten Vorwande beeinträchtigen, und sich von der Verpflichtung zur Entrichtung des Brückengeldes auf den Grund des §. 104. in Verbindung mit §. 88. Tit. 15. Th. II. lossagen. §. 14. des Patents vom 21. Juni 1825. Ueberdies streitet selbst nach dem Allgemeinen Landrecht Th. II. Tit. 14. §. 32. bei Verleihung eines niedern Regals an einen privatus, wohin §. 90. Tit. 15. das Recht zur Erhebung von Brückengeld gehört, die Vermuthung dafür, daß das Regale dem Privaten ausschließend zukomme, und der Staat sich der Mit-Ausübung begeben habe. Wäre also der Contract vom 20. Mai 1788 in dieser Beziehung zweifelhaft, so würde derselbe zum Vortheil des Klägers nur gegen den Fiskus ausgelegt werden müssen. Auch kann der Verklagte den Kläger wegen Entrichtung des bisher nicht gezahlten Brückengeldes nicht an die Fuhrleute verweisen, welche Chaussee-Baumaterialien über die Graberbrücke angefahren haben. Die Fuhren sind für den Fiskus geleistet, und die Bezahlung des Brückengeldes ist wegen des angeblichen fiskalischen Vorrechts im Interesse des Fiskus und auch dessen Anordnung verweigert.

Die Regierung zu Arnsberg hat unterm 11. Juni 1832 den Wegebau-Inspector Hinkermberg angewiesen, die nöthigen Vorkehrungen zu treffen, daß die Fuhrleute

Digitized by Google

sich bei dem Passiren der Graberbrücke als Chausseebaufuhren-Leistende ausweisen.

Dieser Verfügung mußte der Kläger sich nach dem §. 39. der Beilage zur Instruction für die Regierungen vom 23. October vorläufig fügen.

Anderer Seits muß Verklagter aber auch dem Kläger dafür gerecht werden, daß er ihn an der Ausübung seines Rechts behindert hat.

Digitized by Google

V.

Ob im ehemaligen Großherzogthum Berg die Erbauung der Gebäude als Criterium des bäuerlichen Erbrechts als vor dem Dekret vom 13. Septbr. 1811 vorhanden nachgewiesen werden müsse?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Herrn Justiz-Rath **Cappell** in Hamm.

(II. Gesetz vom 21. April 1825. §. 22.)

Bekanntlich werden im Bezirk des Königlichen Ober-Landesgerichts zu Hamm viele Prozesse darüber geführt, ob die Criterien des II. Gesetzes vom 21. April 1825 (Nr. 939. der Ges. Samml.) von dem Grundbesitzer nachgewiesen sind oder nicht? — Dieses ist sowohl für den Gutsherrn als den Besitzer sehr wichtig. Wenn letzterer den ihm nachgelassenen Beweis führt, so hat er das erbliche Besitzrecht und das daraus jetzt hervorgehende volle Eigenthum erworben. (§. 15—20. a. a. O.)

In Sachen **Dickamp** gegen **Bölling** war von dem Königl. Ober-Landesgericht zu Hamm angenommen worden, daß es gleichgültig sey, ob der Neubau der im Jahre 1812 abgebrannten Colonie-Gebäude vor- oder nach der Gesetzeskraft des Dekrets vom 13. September

Digitized by Google

1811 (Großherzogl. Berg. Gesetz-Bülletin Nr. 15.) erfolgt sey. Allein das Königl. Geheime Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Gutsherrn Bölling nach dem beiliegenden Erkenntniß vom 23. Sept. 1835 festgesetzt, daß das Eigenthum der Gebäude schon vor dem Dekret vom 13. September 1811 vorhanden gewesen seyn müsse, weil der §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 solches vorschreibe. Alle Criterien des §. 22. müssen darnach schon vor der Gesetzeskraft des Dekrets vom 13. September 1811 vorhanden gewesen seyn. — Sehr oft wird dafür gehalten, daß es auf den Zeitpunkt der Entstehung der erforderlichen 5 Fälle so genau nicht ankomme.

Erkenntniß.

In Sachen des Landrichters Bölling zu Bochum, Verklagten und Imploranten wider den Kottenbesitzer Georg Heinrich Dickamp zu Wiemelhausen, Kläger und Implorantem,

Erkennt das Königl. Geh. Ober-Tribunal für Recht: daß das am 4/11. October 1834 publicirte Appellations-Urtheil des Civil-Senats des Königlichen Ober-Landesgerichts zu Hamm, wie hiermit geschieht, zu vernichten, die Kosten desselben niederzuschlagen, und die Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens zu compensiren. Demnächst auf die gegen das Urtheil erster Instanz vom 14. December 1833 eingewandte Appellation des Verklagten, — deren Förmlichkeiten noch durch Einschaltung des Streitgegenstandes und des Ausstellungstages in der Vollmacht des Justiz-Commissarius Grimberg zu berichtigen, — über das Eigenthum der Gebäude und über das erbliche Be-

Digitized by Google

sitzrecht des Klägers an der Dickamps-Colonie noch nicht, wie in dem am 14. December 1833 publicirten Urtheil des Königl. Land- und Stadtgerichts zu Bochum geschehen, definitiv zu entscheiden, vielmehr darüber:

ob auch die vor dem Tage der Gesetzkraft des Dekrets vom 13. September 1811 auf der Dickamps-Colonie vorhandenen Gebäude von den Vorgängern des Klägers auf deren Kosten erbaut, und darnach diesem, demnächst dem Kläger als ihrem Nachfolger zugehörig gewesen seyen?

die Instruction noch einzuleiten, und demnächst anderweitig in der Sache selbst und über den Kostenpunkt in erster Instanz, was Rechtens, zu erkennen sey.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der Kläger, welcher das Gebäude-Eigenthum und das erbliche Besitzrecht der Dickamps-Colonie behauptet, beruft sich auf die im §. 22. des Gesetzes vom 21. April 1825 für Leib-Gewinn-Güter aufgestellten fünf Eigenschaften.

Vier derselben sind als erwiesen angenommen, und auch bei dem fünften derselben sind in dem angefochtenen Urtheil die Zweifel des Verklagten für beseitigt angenommen, indem der Verklagte zugestanden hat, daß der Kläger die im Jahre 1812 abgebrannten Gebäude im Jahre 1813 auf eigene Kosten neu erbaut habe, und der erkennende Richter es für gleichgültig hält:

ob der Bau vor — oder ob er nach der Gesetzeskraft des Dekrets vom 13. September 1811 erfolgt ist?

Digitized by Google

Handelte es sich blos darum: ob Kläger das Gebäude abbrechen dürfe, oder ob der Verklagte ihm den Bau als eine Melioration zu vergüten habe? so würde es dem Verklagten auch an einem Grunde für die Richtigkeit des Urtheils fehlen. Hier aber, wo der Kläger Eigenthümer des Baues auf dem Boden des Verklagten verblieben seyn, und wo er aus dem Bau zugleich das erbliche Besitzrecht am ganzen Grundstücke herleiten will, verhält sich die Sache anders. Es ist in dieser Sache von entscheidenden Einfluß, daß der Bau auf Kosten des Leibgewinners schon vor dem 13. September 1811 statt gefunden habe.

Der §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 bestätigt das vererbliche Besitzrecht am Grundstück nur für diejenigen, welche es schon vor der Gesetzeskraft des Dekrets vom 13. September 1811 hatten. Das Gebäude-Eigenthum ist nach §. 22. ein Kennzeichen dieses vererblichen Besitzrechtes, es ist unerläßlich, und mußte demnach schon vor dem 13. September 1811 vorhanden seyn, weil sonst ein Besitzrecht dieser Art, welches das Gesetz nicht neu begründet, sondern nur sanktionirt hat, etwas undenkbares ist.

So wie die Familien-Uebertragungen, Gleichförmigkeit der Pacht ꝛc. schon vor dem Dekret von 1811 vorhanden seyn mußten, so muß auch das Gebäude-Eigenthum schon vorher vorhanden gewesen seyn.

Das Urtheil vom $^{4}/_{11}$. October 1834, auf die entgegengesetzte, den Worten und dem Geiste des Gesetzes zuwiderlaufende Ansicht gegründet, verletzt den Rechts-

Digitized by Google

grundsatz §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 und ist demnach nichtig.

Kläger muß vielmehr darlegen, daß schon die im Jahre 1812 abgebrannten Gebäude sein oder seiner Vorgänger Eigenthum gewesen seyn. Er hat dieses in der Klageschrift — und namentlich behauptet, daß sein Großvater der Erbauer gewesen. Ueber diese Behauptung ist demnach noch weiter zu verhandeln, und kann der Kläger insoweit als beweisfällig noch nicht erachtet werden, da über diese Behauptung die Instruction abgeschnitten ist.

Berlin, den 23. Sedtember 1835.

(L. S.) Sack.

Digitized by Google

VI.

Ob in Ermangelung eines Uebereinkommens unter den Partheien der Gläubiger, welcher ein Kapital und Verzugszinsen davon zu fordern hat, die ihm von seinem Schuldner geleistete Zahlung erst auf das Kapital verrechnen müsse?

Von

Sommer.

(Allg. L. R. Th. 1. Tit. 16. §. 153.)

Bekanntlich hat das Geheime Ober-Tribunal die zehnjährige Zinsen-Verjährung des §. 849. A. L. R. Th. 1. Tit. 11. auf vorbedungene Zinsen eingeschränkt, weil der dort vorkommende Ausdruck: „rückständig verbleibender Zinsen“ sich nur von vorbedungenen, nicht von Zögerungszinsen sagen lasse.[1]) Das Irrige dieser Meinung ist sowohl im Ministerial-Rescripte vom 1. Mai 1820,[2]) als auch von Bornemann[3]) ausgeführt, und die praxis wird sich wahrscheinlich an die allgemeine Wort-

[1]) Simon und von Strampffs Rechtssprüche Bd. 1. S. 149. 150.

[2]) Jahrbücher Bd. 15. S. 243. 244.

[3]) Systemat. Darstell. Bd. 3. S. 320 ff. S. auch die dort angeführten Grävell, Siewert, Mathis.

Digitized by Google

fassung des Gesetzes halten. Inzwischen läßt sich aber freilich nicht verkennen, daß jede gesetzliche Bestimmung, welche erworbene Rechte ohne innere Gründe — die bei der ganzen Verjährung des § 849. nicht vorliegen — kränkt, der engsten Interpretation unterliegen muß, und daraus läßt sich denn die Veranlassung der Meinung des Geheimen Ober-Tribunals sehr wohl erklären. Nicht eine solche Erklärung gibt es aber für eine neuere Entscheidung dieses höchsten Gerichthofs, welcher unterm 3. März 1834[4]) dahin erkannt hat, daß in Ermangelung eines Uebereinkommens unter den Partheien der Gläubiger, welcher ein Kapital und Verzugszinsen davon zu fordern hat, die ihm von seinem Schuldner geleistete Zahlung zuvorderst auf das Kapital verrechnen müsse. Die Zögerungszinsen, welche nach der ersten Meinung begünstigt werden, erfahren hier also ein odium, bei der ersten Meinung schützt man ein einmal bestehendes Recht, bei der zweiten bereitet man seinen Untergang vor, da über zwei Jahre hinaus liegende Zinsen-Rückstände bekanntlich post omnes locirt werden,[5]) also, indem man hier statt ihrer das Kapital tilgen läßt, in große Gefahr kommen. — Die wichtigen Folgen dieser neuen Meinung des Geh. Ober-Tribunals liegen klar vor, besonders wenn erwogen wird, daß bei Compensationen dasselbe statt finden würde.[6]) Die Meinung ist aber nach unserer innigsten Ueberzeugung irrig.

---

[4]) Rechtssprüche Bd. 4. S. 287.

[5]) A. G. O. I. 50. §. 477 b.

[6]) A. L. R. I. 16. §. 375.

Digitized by Google

Der §. 153. A. L. R. I. 16. sagt allgemein: „Ist kein Uebereinkommen unter den Partheien vorhanden, so muß die geleistete Zahlung zuvörderst auf die damals verfallenen Zinsen gerechnet werden.“ Das Geh. Ober-Tribunal behauptet, diese Vorschrift spreche ausdrücklich von den zur Zeit der geleisteten Abzahlung „verfallenen“ Zinsen, es können Zinsen aber nur da als verfallen gedacht werden, wo sie besonders verabredet worden, der Tag der Zahlung eingetreten, letztere aber unterblieben sey. Wir können dagegen nicht einsehen, warum Zögerungszinsen nicht verfallen sollen. Da sie vom Zahlungstage an „laufen,“ [7]) so müssen sie auch zu Ende laufen, verfallen. Sie verfallen, wie Bornemann [8]) ganz richtig bemerkt, mit jedem Tage, wo der Verzug fortwährt, für dessen schädliche Folgen sie ja die gesetzlich vermuthete Entschädigung sind. [9])

Gegen die Ansicht des Geh. Ober-Tribunals spricht schon der Umstand, daß nach gemeinem Rechte die zuerst auf Zinsen zu geschehende Aufrechnung unbedingt statt finde. [10]) Das Allg. Landrecht ist hier aber im Wesentlichen ganz dem römischen Rechte gefolgt, und die Materialien enthalten keine Spur, daß hier rücksichtlich der

---

[7]) A. L. R. I. 11. §. 828. 829. I. 16. §. 65. 67. 68.

[8]) S. 323. 324 ff. der auch Seite 553. sich kurz für die oben vertheidigte Meinung erklärt.

[9]) A. L. R. I. 11. §. 833. 834.

[10]) L. 1. Cod. de solution. (8, 43.)

Digitized by Google

Entstehungsgründe der zuerst zu tilgenden Zinsen etwas Abweichendes beabsichtigt gewesen. Eine so bedeutende Abänderung, als das Geh. Ober-Tribunal voraussetzt, würde sicher solche Spuren hinterlassen haben.

Man braucht aber auch nur die folgenden §§. zu erwägen, um sich zu überzeugen, daß die neue Meinung des Geh. Ober-Tribunals nicht die richtige seyn könne. Der §. 154. sagt: „Hat der Schuldner auch Kosten zu entrichten: so gehen diese den Zinsen noch vor.“ Nach der Meinung des Geh. Ober-Tribunals müßten wir also bei Zögerungszinsen erst auf die Kosten, dann auf das Kapital, und dann erst auf die Zinsen rechnen, es hätte daher im §. 154. gar nicht gesagt werden können, daß die Kosten „noch“ den Zinsen vorgehen. Nähme man aber an, daß der §. 154. auch nur von vorbedungenen Zinsen rede, so würde es ja an aller Bestimmung darüber fehlen, wohin die Kosten bei Zögerungszinsen zu setzen, welcher Mangel doch wohl nicht vom Gesetze zu erwarten. Der §. 155. und die folgenden lassen vielmehr nicht daran zweifeln, daß der Gesetzgeber mit den §§. 153. 154. die Frage der Anrechnung auf die Zinsen völlig abgemacht glaubte, indem er von nun ab lediglich von der Aufrechnung auf „mehrere Capitalsposten“ (§. 155.) handelt. Der §. 156. handelt offenbar auch nur von Kapitalsposten, und der §. 157. ebenfalls, da er von einem Zinssatze der Forderungen, die also nicht selbst Zinsen seyn können, spricht. — Sonst würde auch noch der §. 156. gegen die Ansicht des Geh Ober-Tribunals entscheiden, indem danach die Anrechnung auf diejenige Post geschehen soll, bei welcher ihrer Qualität nach die

Digitized by Google

wenigste Sicherheit ist, was offenbar bei den sehr bald in die Classe post omnes fallenden Zinsen der Fall ist.

Die von uns vertheidigte Meinung entspricht auch den Ansichten des gemeinen Lebens, dem, was als beiderseits stillschweigend beabsichtigte Billigkeit in der Mitte liegt. Jeder ordentliche Schuldner und Gläubiger werden erst Zinsen zahlen, und sich zahlen lassen, ehe sie etwas vom Kapital kürzen lassen. Die Gesetze wollen hier aber nur den vermutheten Willen der Partheien interpretiren, nicht aber ganz wunderliche neue positive Vorschriften geben. Hiernach kann es denn auch nicht zweifelhaft seyn, welcher Auslegung der Vorzug zu geben.

Digitized by Google

VII.

Ist der Eigenthümer eines Zaunes im freien Felde zu dessen Unterhaltung verpflichtet, und inwiefern ist hier eine Verjährung denkbar?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Herrn Justiz-Rath **Cappell** in Hamm.

(Allg. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 505. 506. Tit. 8. §. 152. 153. 168.)

Oft ist der Grundsatz, daß Rechte der natürlichen oder allgemeinen bürgerlichen Freiheit, denen durch Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärungen keine besondere Form oder Bestimmung vorgeschrieben ist, durch die bloße Unterlassung des Gebrauchs derselben nicht verloren gingen, (Allg. L. R Th. I. Tit. 9. §. 505.) in dem Falle bestritten worden, wenn ein Zaun oder sonstige Scheidung vor länger als rechtsverjährter Zeit von Jemand angelegt und seitdem unterhalten worden sey. Das Königliche Ober-Landesgericht zu Hamm scheint in Sachen **Steinbecker** gegen **Gallenberg** aus den Vorschriften §. 152—152. Tit. 8. Th. I. des A. L. R. die Verpflichtung des Verklagten hergeleitet zu haben, die streitige Scheidung für die Zukunft aus eigenen Mitteln wieder herzustellen und zu unterhalten. Allein das Königl. Geh. Ober-Tribunal hat nach dem beiliegenden Erkenntniß vom 4. November 1835 diese Herleitung verworfen, und

Digitized by Google

das erste Erkenntniß des Gesammtgerichts zu Lippstadt wieder hergestellt.

Häufig kommt der Fall vor, daß eben so geurtheilt wird, als das Königl. Ober-Landesgericht zu Hamm gethan hat. Daher glaube ich, daß die Mittheilung der Nichtigkeitserklärung des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals nicht ohne Nutzen sey.

Erkenntniß.

In der Nichtigkeits-Beschwerdesache des Kupferarbeiters Ephraim Steinbecker zu Lippstadt, Verklagten jetzt Imploranten, wider den Bürgermeister Gottlieb Gallenkamp ebendaselbst, Kläger jetzt Imploraten,

Erkennt das Königl. Geh. Ober-Tribunal für Recht:

daß

das am 2. August 1834 behändigte Appellations-Erkenntniß des Civil-Senats des Königl. Ober-Landesgerichts zu Hamm, unter Niederschlagung der Kosten desselben, zu vernichten, und die Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens zu compensiren; demnächst in der Hauptsache auf die Appellation des Klägers das am 9. Dec. 1833 eröffnete Erkenntniß des Königl. Fürstlichen Gesammtgerichts der Stadt Lippstadt zu bestätigen, und die Kosten der ersten und zweiten Instanz dem Kläger aufzulegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Partheien sind darüber einig, daß, so lange der Major und Kammerherr von Schauroth die Grundstücke des Verklagten besaß, und der streitige Zaun bestand, der ꝛc. von Schauroth als dessen Eigenthümer

Digitized by Google

betrachtet wurde. Verklagter zeigt in dieser Beziehung selbst an, daß der ꝛc. von Schauroth, sein Vorbesitzer, den streitigen Zaun auf eigene Kosten neu gesetzt, und ebenso unterhalten hat. Aus diesen Thatsachen und den Vorschriften §. 152—153. Tit. 8. Thl. 1. des Allg. L. R. leiten der Appellationsrichter und der Kläger die Verpflichtung des Verklagten her: gedachte Scheidung auch für die Zukunft aus eigenen Mitteln wieder herzustellen, und zu unterhalten.

Allein der Verklagte wendet mit Recht ein, daß aus dem seinem Besitzvorgänger zugestandenen Eigenthume des Zaunes nicht die Verpflichtung für alle Besitznachnachfolger in dem so befriedeten Grundstücke hervorgehe, sich der streitigen Last zu unterziehen. Von den hier in Betracht kommenden Vorschriften des Allg. L. R. I. 8. §. 152. 168. verordnet §. 152.:

daß derjenige, der eine neue Scheidung anlegen will, die Kosten der Anlage und Unterhaltung übernehmen muß.

Der §. 153. legt dem Eigenthümer der Scheidung die Kosten deren Unterhaltung auf; die §§. 107. 109. 110. und 112. des Entwurfes, so wie die §§. 154. bis 161. des Textes handeln von den aus der Beschaffenheit der Scheidungen hervorgehenden Vermuthungen, die §§. 162—67. von der Lage und §. 168. von dem Falle, in welchem jene Vermuthungen nicht Anwendung finden.

Aus dieser Zusammenstellung der die Scheidungen zwischen Grundstücken betreffenden Vorschriften erhellet der Wille des Gesetzgebers dahin:

Digitized by Google

daß die Anlage und Unterhaltung von Befriedungen in freier Feldflur — wie die streitige — willkührlich und dem Nachbar kein Zwangsrecht auf deren Unterhaltung gegen den angrenzenden Besitzer, dem die Scheidung eigenthümlich gehört, gebührt.

Da in dem vorliegenden Falle von einer Scheidung im freien Felde die Rede, und gegen die eben entwickelte Tendenz des Gesetzes von dem Appell. Richter dem Verklagten die Verbindlichkeit zur Unterhaltung der Scheidung aufgelegt ist, so hat das Appell. Erkenntniß wegen dieser Gesetzverletzung nach §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833, vernichtet werden müssen.

Was die Hauptsache betrifft, so ist oben schon ausgeführt, daß dem Anspruche des Klägers die wegen Anlegung und Unterhaltung von Scheidungen in der Feldflur vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen nicht zur Seite stehen. Der Kläger nimmt aber außerdem auf die erwerbende Verjährung mit der Behauptung Bezug, daß der streitige Zaun seit länger als 30 Jahren bestanden, und der Vorbesitzer des Verklagten stets die Unterhaltung des Zaunes besorgt habe.

Es ist indessen anzunehmen, daß dem Kläger die Acquisitiv-Verjährung nicht zu statten kommt.

Nach der obigen Argumentation handelt es sich hier um eine Handlung der natürlichen und der bürgerlichen Freiheit, für welche weder in materieller noch in formeller Beziehung eine gesetzliche Sanction besteht; so wie von der Befugniß, in seiner eigenen Sache etwas, worüber die Gesetze nichts besonderes bestimmen, vorzu-

Digitized by Google

nehmen. — Eine solche res merae facultatis unterliegt nach den Vorschriften §. 505—6. Th. 1. des A. L. R. keiner Verjährung. Zwar kann gemäß, §. 507. a. a. O, auch hinsichts derselben ein Untersagungsrecht durch Verjährung erworben werden; allein diese Erwerbung des Letzteren ist hier nicht dargethan. — Der Zeuge Friedrich Mercklinghaus bekundet nur seit dem Jahre 1819, daß, so oft der Kläger den Vorbesitzer, des Verklagten aufgefordert, den streitigen Zaun zu setzen, solches jedesmal unweigerlich geschehen sey. Die übrigen Zeugen wissen über dergleichen Aufforderungen und deren Befolgung nichts zu sagen. Unter diesen Umständen kam es darauf an, daß nach den Aussagen der Zeugen Franz Fischer, Friedrich Siehe und Ferdinand Vahle der streitige Zaun seit länger als 30 Jahren bestanden hat, nicht weiter vorkommen.

Wegen der Kosten des Rechtsganges ist nach dem Ausfalle des Erkenntnisses in der Hauptsache und den Vorschriften §. 17. des Gesetzes vom 14. December 1833, so wie nach §. 6. Tit. 23. der P. O. entschieden.

Berlin, den 4. November 1835.

(L. S.) Sack.

Digitized by Google

VIII.

Ob der Erbverpachter, welcher nach dem Erbpachtcontracte die Communallasten des Erbpachtguts tragen mußte, von dieser Verbindlichkeit dadurch frei geworden, daß der Erbpachter durch die neuere Gesetzgebung Eigenthümer geworden?

Rechtsfall, mitgetheilt mit einem Nachwort
von
Sommer.

(I. Gesetz vom 21. April 1825. §. 83. 86. II. Gesetz vom 21. April 1825. §. 62. 63. 65. III. Gesetz vom 21. April 1825. §. 60. 61. 63.)

Reinersmann zu Sterkrade hatte vom Fiskus eine Besitzung in Erbpacht, und Fiskus hatte nach dem Erbpacht-Contracte nicht nur die eigentlichen Grundsteuern, sondern auch die Communallasten zu tragen, selbe auch bis 1825 bestritten. Nun aber entstand über die fiskalische Weigerung zur Uebernahme der Communallasten ein Rechtsstreit, der beim Land- und Stadtgericht zu Duisburg und beim Ober-Landesgericht Hamm zum Vortheil des Klägers Reinersmann entschieden ward. Unterm 14. Januar 1836 erkannte aber das Geheime Ober-Tribunal zu Recht, daß das bei der Deputation

Digitized by Google

des Königlichen Ober-Landesgerichts zu Hamm für die summarischen Prozesse unterm 30. Mai 1835 ergangene Appellations-Urtel zu vernichten, die Kosten desselben niederzuschlagen, und die des Nichtigkeits-Verfahren zu kompensiren; hiernächst aber das, bei dem Königlichen Land- und Stadtgericht Duisburg unterm 19. September 1834 ergangene Urtel erster Instanz dahin zu ändern, daß Kläger mit seiner auf Erstattung der seit 1826 gezahlten Communalsteuer, und auf Gewährung künftiger Befreiung von derselben gerichteten Klage gänzlich abzuweisen, und die Kosten beider Instanzen gegeneinander aufzuheben.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Ausführung des Appellationsrichters ist folgende: „Fiskus habe nicht bestritten, daß er bis zum Jahre 1826 von dem Reiners Gute die Grundsteuer früher nebst den Beischlags-Centimen, später die nach dem Fuße der Grundsteuer ausgeschlagenen Communalbeiträge entrichtet habe. Diese Erhebung der Communalsteuer nach dem Grundsteuerfuße mache sie zu einer dinglichen Last, und diese müsse in der Regel derjenige tragen, welcher der Eigenthümer des Grundes und Bodens sey. Zwar sey dem Fiskus durch das Gesetz vom 21. April 1825 das Eigenthum des Reiners-Gutes genommen worden, aber es verordne der §. 63. desselben Gesetzes, daß der Berechtigte die ganze Grundsteuer dem Verpflichteten zu vergüten habe, wenn er solche schon vor Einführung der fremden Gesetze ganz getragen habe, wie solches doch hier der Fall gewesen sey. Die nach dem Fuße der Grundsteuer erhobene Communalabgabe bleibe vor wie

Digitized by Google

nach eine Grundsteuer, und sey es gleichgültig, daß dieselbe nicht zu Staatszwecken sondern zur Bestreitung von Gemeinde-Bedürfnissen verwandt werde.“ — In dieser Argumentation sind nun Widersprüche und unrichtige Anwendung der Gesetze nicht zu verkennen. Die Communalsteuer soll eine dingliche Last seyn, diese von dem Eigenthümer des Grundes und Bodens getragen werden, das Eigenthum des Reiners-Gutes durch das Gesetz vom 21. April 1825 dem Fiskus genommen also doch auf den bisherigen Erbpachter übergegangen seyn, und dennoch soll die Communalsteuer nicht diesem bisherigen Erbpachter und zeitigen Eigenthümer, sondern dem Fiskus zur Last fallen. Es soll dies geschehen, weil Fiskus vor Einführung der fremden Gesetze die Communalsteuer entrichtet habe, und dennoch enthält das Gesetz vom 21. April 1825 hierüber kein Wort, sondern spricht nur von Erstattung der Grundsteuer, welche der Appellations-Richter selbst für eine von der Communalsteuer ganz verschiedene erklärt. In letzterer Beziehung insbesondere kann die unrichtig geschehene Anwendung des §. 63. das Gesetzes vom 21. April 1825 für die vormals Großherzoglich Bergischen Provinzen (Ges. Samml. S. 105.) keinem Zweifel unterliegen. Der ganze vierte Titel besagten Gesetzes handelt: von der Verbindlichkeit in Beziehung auf die Grundsteuer der mit Reallasten beschwerten Grundstücke, und nachdem §. 59—61. die Fälle aufgestellt sind, in denen der Verpflichtete die Grundsteuer allein zu tragen haben soll, folgen von §. 62. ab die Fälle, in welchen der Berechtigte die Grundsteuer ganz oder zum Theil zu vergüten habe und unter diesen findet

Digitized by Google

sich die von dem Appellations-Richter gegen den Imploranten zur Anwendung gebrachte Bestimmung des §. 63.:

„Wenn der Berechtigte die ganze vor Einführung der fremden Gesetze auf dem Grundstück haftende Grundsteuer wirklich trug, so ist er auch fernerhin verbunden, die ganze Grundsteuer dem Verpflichteten zu vergüten.“

Obwohl nun der Gesetzgeber selbst die Grenzen dieser Bestimmung so enge gezogen hat, daß er im §. 65. sie lediglich auf die Hauptgrundsteuer bezogen wissen will, und dahingegen die Beischläge oder Zusatz-Centimen von der Vergütung ausschließt, so bringt dennoch der Appellations-Richter sie hier sogar in Beziehung auf die Communalsteuer, und zwar aus keinem anderen Grunde zur Anwendung, als weil dieselbe nach dem Grundsteuerfuße auf die Grundstücke repartirt sey. Diese Argumentation entbehrt jedoch aller Rechtfertigung. Die Grundsteuer ist ihrer Natur nach eine zur Bestreitung der Staatslasten den liegenden Gründen des Staats auferlegte Last,

Edict über die Finanzen des Staats vom 27. Oct. 1810. Ges. Samml. Seite 26.

Hier handelt es sich aber, wie der Appellations-Richter selbst zugiebt, und wie auch der Inhalt der Bl. 74. und folgende den Acten beigebrachten Quittungen unzweifelhaft ergiebt, von einer Abgabe zur Bestreitung von Gemeinde-Bedürfnissen, also nicht von einer Staatslast, insonderheit nicht von derjenigen Grundsteuer, von welcher der vierte Titel des Gesetzes vom 21. April 1825 handelt. Daß man für gut befunden hat, zur Aufbringun-

Digitized by Google

dieser Communallast denselben Repartitionsfuß zu wählen, wie für die Grundsteuer, kann die Natur der Abgabe selbst nicht verändern. Weil hiernach der Appellations-Richter einen Rechtsgrundsatz in einem Falle zur Anwendung gebracht hat, für welchen er nicht bestimmt ist, mußte nach dem Antrage des Imploranten, in Gemäßheit des §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. Dec. 1833 das Urtel vernichtet werden. In der Hauptsache stellt sich hiernächst die von dem Kläger resp. auf Erstattung der von ihm seit 1826 gezahlten Communalsteuer, und auf Gewährung künftiger Befreiung von derselben, erhobene Klage als unbegründet dar. Zufolge Contracts vom 10. November 1765, confirmirt 29. April 1766, besaß Kläger das Grundstück als Erbpacht. In diesem Verhältnisse würde ihm ohne besondere Verabredung, die Berichtigung der auf dem Grundstücke haftenden Lasten obgelegen haben. Er hat jedoch nur eine bestimmte Abgabe von 3 Thlr. 40 Stbr. 1½ Pf. jährlich an ordinairen Abgängen und contributiones extra territorium übernommen, rücksichtlich der übrigen ist nichts gesagt, und da Fiskus nicht in Abrede stellt, diese übrigen Abgaben, selbst die für Communal-Bedürfnisse ausgeschriebenen, bis zum Jahre 1826 selbst berichtigt zu haben, so muß angenommen werden, daß solches in der Absicht der ursprünglichen Contrahenten gelegen habe. Allein das Gesetz vom 21. April 1825 hat den ursprünglichen Zustand gänzlich verändert, indem es durch die in den §§. 15. und 35. gegebenen Bestimmungen denjenigen Grundstücks-Inhabern, denen bis dahin ein erbliches Besitzrecht zustand, das volle Eigenthum

Digitized by Google

daran zusprach. Nur bloße Zeitpächter, und diejenigen, deren erbliches Recht bei der Verleihung auf höchstens drei Vererbungsfälle, oder auf eine Zeit von noch nicht 100 Jahren beschränkt worden, sollten nach §. 21. von der allgemeinen Vergünstigung ausgenommen seyn, und es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, daß dagegen eine zeitherige Erbpacht sich in volles Eigenthum verwandelte. In der Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde wird diesem zwar, jedoch aus ganz unzureichenden Gründen widersprochen. In dem dritten Titel des Gesetzes, welcher die Grundverhältnisse außerhalb der gutsherrlich-bäuerlichen behandelt, wird §. 35. auf den §. 15. des vorhergehenden Titels ausdrücklich zurückgewiesen, und derselbe, somit die Verwandlung des bloß erblichen Besitzrechts in volles Eigenthum auch auf das nicht-gutsherrliche Verhältniß für anwendbar erklärt, und in dem §. 37. nur die wegen Holzungen §§. 32. und 34. gegebenen Vorschriften auf das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß allein beschränkt. Vielmehr beweist die in diesem §. 37. und auch weiterhin in dem §. 79. ausdrücklich geschehene Erwähnung der Erbpachts-Verträge, daß auch diese allerdings in die durch das Gesetz beliebten Veränderungen haben mit einbegriffen seyn sollen. Auch hat es nicht etwa von der Willkühr der zeitherigen Erbpächter und sonstigen erblichen Besitzer abhangen sollen, ob sie in ihrem zeitherigen Verhältniß verbleiben, oder dagegen das volle Eigenthum annehmen wollen, sondern es ist solche Umwandlung unbedingt erfolgt, und es muß sich, eben so wie der Gutsherr und zeitherige Erbpächter,

Digitized by Google

so auch der zeitherige erbliche Besitzer und Erbpachter die Folgen dieser Umwandlung mit allen ihren Vorzügen und Nachtheilen gefallen lassen. — Aus diesem, von dem Kläger an seinem Grundstücke erworbenen vollen Eigenthume folgt nun aber ganz unzweifelhaft, daß er alle auf dem Grundstücke haftende oder demselben fernerhin aufzuerlegende Lasten jeder Art — insoweit nicht etwa das Gesetz selbst rücksichtlich der hier nicht im Streit befangenen Grundsteuer eine ausdrückliche Ausnahme gemacht hat, — mithin insbesondere auch die zur Bestreitung von Gemeinde-Bedürfnissen ausgeschriebenen, selbst zu tragen habe, ohne deshalb irgend eine Vertretung von dem vormaligen Erbverpachter fordern zu dürfen. Was in dieser Beziehung Abweichendes in dem Erbpacht-Contracte verabredet war, hat mit der Auflösung des Erbpacht-Verhältnisses selbst seine gänzliche Erledigung erhalten. Von allen dem zeitherigen Erbverpachter auf das Gut zugestandenen Rechten ist ihm nur das verblieben, den Canon bis zu dessen Ablösung in der Eigenschaft eines Realberechtigten zu fordern; alle sonstige Vorzüge des Eigenthums, rücksichtlich der unbeschränkten Nutznießung, Veräußerung, Verschuldung u. s. w. sind auf den Erbpachter übergegangen, mit diesen commodis aber auch die onera. Eine Ausnahme von dieser sich aus der Natur des Sachverhältnisses von selbst ergebenden Regel hätte durch das organische Verwandlungsgesetz vorgeschrieben seyn müssen, wie aber für die hier in Rede stehende Auflage für Gemeinde-Bedürfnisse keinesweges geschehen ist. Die Klage ist

Digitized by Google

hiernach unbegründet, und muß daher das erste verurtheilende Erkenntniß so wie geschehen, geändert werden.

Berlin, den 14. Januar 1836.

(L. S.) Sack.

Diese Entscheidung steht mit der in Simons und v. Strampffs Rechtssprüchen Bd. 3. S. 141—150. enthaltenen in Widerspruch, um so mehr bleibt also die Erörterung, welche die richtigere, eine freie. Uns scheint es fast, als ob die Uebernahme der Communallasten nicht durch das Erbpachts-Verhältniß bedingt gewesen, denn nach dem Erbpacht-Verhältniß muß vielmehr der Erbpachter die Communallasten, wie alle übrige Lasten der Sache tragen. Die Umwandlung dieses Verhältnisses der Erbpacht in Eigenthum dürfte also in dieser Beziehung nichts geändert haben. Vielmehr scheint die Uebernahme der Communallasten durch den Fiskus ein besonderer mit dem Wesen der Erbpacht in keiner nothwendigen Verbindung stehender Vertragsvortheil des Erbpachters zu seyn, der hinwieder den unter Voraussetzung aller Vertragsstipulationen bestimmten Erbpachtzins bedingte. So wie dieser bei der Umwandlung der Erpacht in Eigenthum geblieben, muß auch die Gegenleistung bleiben. Der Erbpachter, für den zufällig der Erbverpachter die Communallasten übernommen, hat durch die Erlangung des Eigenthums nicht mehr Vortheile erlangt, als ein anderer Erbpachter, der die Communallasten, weil der Erbpachtvertrag ihn nicht davon befreite, selbst trug, und doch würden Beide durch das neue Gesetz sehr verschieden getroffen werden.

Digitized by Google

IX.

Ueber den Begriff eines Landguts im Sinne des allgemeinen Landrechts nebst Rechtsfall.

Von

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Cappell** in Hamm.

(Allg. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 400. 401. 169.)

Schon nach dem römischen Rechte waltete rechtlich ein Unterschied ob zwischen städtischen und ländlichen Grundstücken (praediis urbanis et rusticis). Unter ersteren wurden in der Lehre von Servituten Gebäude und unter letztern jeder leere Raum verstanden.

§. 1. Instit. de servit. praed. (II. 3.)

Im A. L. R. wird ein ähnlicher Unterschied gemacht, der jedoch sowohl seiner rechtlichen, als factischen Bedeutung nach anders aufgefaßt ist. Es findet sich nämlich an mehreren Stellen ein Gegensatz zwischen Landgütern und andern Grundstücken. Unter dem Marginale: „von Pachtungen der Landgüter" heißt es im §. 400. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R.:

„Unter Landgütern werden auch hier solche verstanden, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist."

Digitized by Google

Der Zusatz: „auch hier“ erscheint auf den ersten Blick auffallend, weil man sich im A. L. R. vergeblich nach einer ähnlichen positiv ausgesprochenen Definition eines Landguts umsieht. Wahrscheinlich hat man indessen bei der Redaction des §. 400 alleg. die in demselben Titel enthaltenen Vorschriften über die Auseinandersetzung wegen der Nutzungen nach geendigtem Nießbrauche im Auge gehabt, wo im §. 150 l. c. es heißt:

„Wegen der Nutzungen des letzten Jahres kommt es darauf an: ob das zum Nießbrauche eingeräumt gewesene Grundstück ein Landgut sey, oder nicht.“

Im §. 151 l. c. wird jedoch der Begriff eines Landguts nicht näher angegeben, sondern als bekannt vorausgesetzt. Im §. 169 l. c. heißt es aber:

„Ist das zum Nießbrauche eingeräumt gewesene Grundstück zwar an sich ein städtisches, damit aber zugleich Ackerbau und Viehzucht verbunden: so finden die obigen, wegen eines Landguts gegebenen Vorschriften in Ansehung der gesammten, im letzten Wirthschaftsjahre von einem solchen Grundstücke fallenden Früchte und Nutzungen Anwendung.“

Aus dieser Bestimmung erhellt deutlich, daß der Gesetzgeber es als das characteristische Merkmal eines Landguts ansieht, ob Ackerbau und Viehzucht mit einem Grundstücke verbunden sey. Bestätigt wird dies durch die im Tit. 2. §. 48 seqq. und Tit. 11. §. 83 seqq. in Ansehung der Pertinenzstücke eines Landguts gegebenen Vorschriften.

Ob ein gewisser Umfang des Ackerbaues und der Viehzucht erforderlich sey, um den rechtlichen Begriff

Digitized by Google

eines Landguts zu constituiren, ist nirgends ausdrücklich gesagt. In einer kürzlich entschiedenen Prozeßsache wurden in dieser Hinsicht verschiedene Ansichten geltend gemacht.

Der Schmied S. zu W. hatte von dem Landwirthe R. vermittelst mündlichen Vertrages eine Besitzung unter dem Namen eines Kottens für einen jährlichen Pachtzins von 40 Thlr. auf 10 Jahre gepachtet. Zu dieser Besitzung gehörte außer dem Wohnhause nur ein Flächenraum von 4 Morgen 57 Ruthen 50 Fuß. Von dem Pächter wurde eine Kuh darauf gehalten. Nach Ablauf der Hälfte der Pachtperiode trug der Verpächter auf Ermission des Pächters unter andern auch aus dem Grunde an, weil nach §. 401. Tit. 21. Th. I. des A. L. R. Pacht-Contracte über Landgüter allemal schriftlich errichtet werden müssen, wenn auch das verabredete jährliche Pachtgeld die Summe von 50 Thlr. nicht übersteigt.

Das Königliche Land- und Stadtgericht zu Sch. wies indessen den Kläger ab, weil anzunehmen sey, daß nicht mehr Ackerland bei dem in Rede stehenden Kotten vorhanden, als zum persönlichen Bedürfnisse der Bewohner desselben erforderlich sey, und deshalb das verpachtete Grundstück kein Landgut im Sinne des Gesetzes darstelle.

Auf die Appellation des Klägers wurde jedoch durch Erkenntniß des Königlichen Ober-Landesgerichts hieselbst der Verklagte zur sofortigen Räumung für schuldig erklärt, und diese Entscheidung in folgender Art motivirt: Zu dem Kotten gehören 4 Morgen 57 Ruthen 50 Fuß Ackerland und wird dasselbe vom Verklagten selbst bestellt.

Digitized by Google

Dieses characterisirt den Begriff des Ackerbaues und kann es nicht darauf ankommen, ob nur so viel Ackerland vorhanden ist, als zum persönlichen Bedürfnisse der Bewohner desselben erforderlich ist, oder ob vielmehr der Ertrag desselben an Andere überlassen werden kann. Eben so ist der Betrieb der Viehzucht dann als constatirt anzunehmen, wenn nur Vieh gehalten wird, da hiedurch lediglich die Viehzucht selbst bedingt wird, und es gleichgültig ist, ob dieselbe bedeutend ist, oder nicht. Beide Criterien eines Landguts sind sonach in casu vorhanden.

Nach diesen Entscheidungsgründen paßt der gesetzliche Begriff eines Landguts auch auf eine ländliche Besitzung, wozu einige Ruthen Ackerland gehören, wofern nur der Besitzer dieselben selbst bestellt, und irgend ein Stück Vieh, mag es auch blos eine Ziege oder ein Schwein seyn, darauf gehalten wird.

Die Worte des Gesetzes rechtfertigen in ihrer Allgemeinheit allerdings die Entscheidung des Ober-Landesgerichts, und scheint dieselbe durch die Disposition des §. 401 alleg., daß auch bei einem jährlichen Pachtzinse von 50 Thlr. und weniger die Verträge über Landgüter schriftlich errichtet werden sollen, unterstützt zu werden, indem daraus hervorgeht, daß der Gesetzgeber auch Besitzungen von geringeren Umfange vor Augen gehabt hat.

Sieht man indessen auf die Absicht des Gesetzgebers und die gesetzlichen Bestimmungen in ihrem Zusammenhange, so dürfte die Ansicht des Ober-Landesgerichts manchen Bedenken unterliegen

Die unbedingte Vorschrift, daß alle Pachtverträge über Landgüter schriftlich errichtet werden müssen, kann

Digitized by Google

ihren Grund nur darin haben, weil eines Theils das A. L. R. nach §. 415 l. c. von der Ansicht ausgeht, daß dem Pächter eines Landguts alle zu dessen Cultur und Benutzung bisher bestimmt gewesenen Inventarienstücke zum Gebrauche überlassen werden, anderen Theils wegen der Remissionsforderungen bei Landgütern sehr complicirte Vorschriften enthält. Der Gesetzgeber hat daher durch die Vorschrift des §. 401 alleg. unverkennbar die Contrahenten veranlassen wollen, über die Rückgewähr der Inventarienstücke und die Remissionsfälle schriftlich etwas festzusetzen.

Für unbedeutende Besitzungen, bei denen keine Inventarienstücke übergeben zu werden pflegen, auch Remissionsforderungen höchst selten oder doch sehr einfach seyn werden, fehlt die Veranlassung jener Vorschrift durchaus. Bei derartigen Grundstücken ist mithin ein Grund für die Abweichung von den allgemeinen Vorschriften über die Form der Verträge nicht einzusehen. Der Gesetzgeber hat vielmehr bei Landgütern in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Sprachgebrauche gewiß nur an solche Besitzungen gedacht, deren Bewohner den Ackerbau und die Viehzucht als ihr Hauptgeschäft betreiben. Darauf deuten die hinsichtlich der Remissionsforderungen gegebenen Vorschriften unverkennbar hin. Im §. 501. wird es für den Fall einer Partialremission erklärt:

„wenn der Pächter von der beschädigten Getreidesorte nicht so viel gewonnen hat, als zur Saat für das folgende Wirthschaftsjahr und zur Wirtschaftsnothdurft bis zur nächsten Erndte erforderlich war.“

Digitized by Google

Diese Vorschrift läßt keine andere Annahme zu, als daß der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß auf einem Landgute in der Regel mehr Getreide gebaut wird, als zur eignen Wirthschaftsnothdurft erforderlich ist. Diese Voraussetzung paßt aber als Regel nur bei solchen Gütern, deren Bewohner den Ackerbau als ihr Hauptgeschäft betreiben, da es bei Gütern, deren Bewohner sich mit der Landwirthschaft nur nebenbei beschäftigen, zu den zufälligen Ausnahmen gehört, wenn Getreide über den eigenen Bedarf gebaut wird. Bei Gütern der letztern Art konnte der Gesetzgeber den Umstand, daß von einer Getreidesorte nicht so viel gewonnen ist, als zur Wirthschaftsnothdurft bis zur nächsten Erndte erforderlich, nicht zu einem Falle der Partialremission erheben, ohne sich einer Ungerechtigkeit gegen den Verpächter schuldig zu machen, da bei solchen Gütern jener Fall sich sehr leicht ereignen kann, ohne daß ein erheblicher Nachtheil für den Pächter dadurch herbeigeführt ist Nicht minder erscheinen die Bestimmungen der §§. 490—96. 519—22. 565. 573—576. 584 l. c. sämmtlich nur da als anwendbar, wo die Landwirthschaft den Hauptnahrungszweig des Pächters ausmacht.

Selbst der Eingangs allegirte §. 169. bietet ein nicht unbedeutendes Argument für die hier entwickelte Ansicht dar, indem er solche städtische Grundstücke, mit denen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist, hinsichtlich des Nießbrauchs den Landgütern gleich stellt. Denn es können hier doch nur städtische Grundstücke gemeint seyn, deren Bewohner Ackerbau und Viehzucht als ihr Hauptgeschäft betreiben, weil aus § 154. 161 l. c. erhellt,

Digitized by Google

daß darunter nur solche verstanden werden, auf denen, mehr Getreide, als zur eigenen Wirthschaftsnothdurft erforderlich, gebaut wird. Dieser Begriff paßt mithin auf diejenigen Güter nicht, deren Bewohner blos nebenbei einiges Getreide bauen und ein Stück Vieh halten, da bei diesen eine Administrationsrechnung im Sinne der §§. 153 seqq. nicht gelegt werden kann.

Wenn es nun im §. 400 alleg. heißt: „auch hier werden unter Landgütern solche verstanden, mit denen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist," so geht mit Rücksicht darauf, daß eine andere Definition eines Landguts im A. L. R. sich nicht vorfindet, daraus klar hervor, daß der §. 400 alleg. den Ackerbau und die Viehzucht im Sinne des §. 169 alleg. vor Augen hat. Der § 401 alleg., der auch bei Landgütern einen Pachtzins von 50 Thlr. und weniger annimmt, steht dieser Ansicht nicht entgegen, weil der Gesetzgeber den Fall als möglich gedacht hat, daß selbst Güter, deren Bewohner den Ackerbau und die Viehzucht als Hauptgeschäft betreiben, für 50 Thlr. und weniger jährlich verpachtet werden. In geldarmen Gegenden wird es an Beispielen dieser Art nicht mangeln.

Wenn das Land- und Stadtgericht zu Sch. den Begriff eines Landguts ohne Angabe seiner Gründe davon abhängig macht, daß mehr Ackerland zu demselben gehöre, als zum persönlichen Bedürfnisse der Bewohner desselben erforderlich, so kann diese Ansicht auch wohl nur auf den hier angeführten Gründen beruhen, mit deren Resultat dieselbe nahe zusammentrifft. Da indessen der Umstand, daß mehr Ackerland vorhanden-

Digitized by Google

als das persönliche Bedürfniß der Bewohner erfordert, zu sehr den Charakter der Zufälligkeit an sich trägt, so halte ich denselben zur Feststellung eines Rechtsbegriffs nicht für geeignet. Der Umstand dagegen, ob Ackerbau und Viehzucht als Hauptgeschäft von den Bewohnern betrieben werden, hängt mehr von der Beschaffenheit des Guts selbst ab, und wird in concreten Fällen selten zweifelhaft seyn, wenn gleich in abstracto ein bestimmtes Maaß dafür sich nicht angeben läßt.*)

*) Unsere Gesetzgebung ist bei einer so wichtigen Formfrage unverzeihlich dunkel. Neulich kam beim Amt Menden ein Fall vor, wo ein Haus und verschiedene Grundstücke, welche aus einer so eben abgehaltenen Subhastation erworben waren, verpachtet wurden, und es sich nun fragte, ob, da jetzt und zur Zeit der Subhastation kein Vieh und Inventar — obgleich früher immer — vorhanden war, der Pacht-Gegenstand noch ein Landgut zu nennen, somit der Vertrag der schriftlichen Form unterworfen. Die Frage wurde in erster Instanz verneint, ging aber leider nicht durch die Instanzen. — Ueberhaupt richtet der vage landrechtliche Begriff eines Landguts, bei dem die ländlichen Verhältnisse von Stamm-Preußen und Brandenburg ꝛc. vorausgesetzt, in den westlichen Provinzen viel Unheil an. Man ist hier noch nicht gewohnt, sich das Inventar als Zubehör eines Landguts zu denken, und es fehlt nicht an Fällen, wo bei Subhastationen ein Käufer ein Inventar in den Kauf bekommt, ohne daß er oder das Gericht früher daran gedacht hätte!

Sommer.

Digitized by Google

X.

Ueber den öffentlichen Verkauf gutsherrlicher Renten.

Von
einem alten Praktiker in der Grafschaft Mark.

Der öffentliche Verkauf gutsherrlicher Renten ist noch immer ebenso verboten, wie damals, als die Abhandlungen in der vorliegenden Zeitschrift Jahrgang I. S. 464 folg. und Jahrgang II. S. 251 folg. erschienen. Das Justizministerial-Reskript vom 14. Juni 1834, worauf sich der Jahrg. II. S. 252. mitgetheilte Erlaß des Königl. Ober-Landesgerichts zu Hamm vom 11. Juli 1834 gründet, enthält, nachdem die in letzterm übernommene Stelle vorgekommen, folgende weitere Motive:

„Daß dies der Sinn der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen sey, ist bisher noch nicht bezweifelt, und der in Folge dieser Auslegung von den Landständen der Provinz Westphalen auf dem ersten Landtage formirte Antrag:

die Subhastation von dergleichen Renten im Wege der Execution gesetzlich zuzulassen,

aus dem auch durch den Inhalt des Berichts des Land- und Stadtgerichts zu Soest angeführten Grunde zurückgewiesen, daß in der Statthaftigkeit einer solchen

Digitized by Google

Subhastation eine große Gefahr für die Rentberechtigten deshalb liegen würde, weil dergleichen auf den Kauf von Renten gerichtete Geschäfte keineswegs zu den Gegenständen des gemeinen Verkehrs gehören, und die öffentlich ausgebotenen Renten daher unter besondern Umständen für unverhältnißmäßig geringe Gebote zugeschlagen werden möchten."

Aehnliche Auseinandersetzungen sind auch in den Justizministerial-Rescripten vom 19. und 26. September (Jahrbücher für die Preuß. Gesetzgebung ꝛc. Band 38. S. 105—108.) enthalten.

Der aus dem ersten Westphälischen Landtags-Abschiede hergenommene Grund ist Jahrg. 1. S. 464. nicht für zureichend erkannt, und damit stimmt meine Ueberzeugung.

Daß die Zulässigkeit von Subhastationen eine große Gefahr für die Rentberechtigten herbeiführen würde, kann ich nicht einsehen. — Ist die Gefahr bei Subhastationen von Grundstücken nicht eben so groß? — Leider kommen dergleichen als nothwendige sehr häufig vor. Die Beilagen zum Arnsbergschen Amtsblatte liefern die Beweise. Für unverhältnißmäßig geringe Preise werden die meisten Grundstücke adjudizirt, da der Geldmangel, besonders unter den Landleuten wegen der geringen Getreidepreise, sehr fühlbar ist.

Ferner sollen „die auf den Kauf von Renten gerichteten Geschäfte keineswegs zu den Gegenständen des gemeinen Verkehrs gehören." — Warum nicht? — Nirgends finde ich dieselben von diesen Gegenständen ausgenommen und das Zuschlagen für unverhältnißmäßig geringe Gebote wird bei dem Verkauf von Renten wahr-

Digitized by Google

scheinlich am ersten verhütet, da der Rentschuldner selbst bieten kann. Bei der Unverkäuflichkeit der Renten profitirt der Rentgläubiger gewiß nicht. Täglich liefern Beispiele das Gegentheil. Denn nach den jetzigen unverhältnißmäßig hohen Ablösepreisen, welche nach §. 49. der Ablöse-Ordnung vom 13. Juli 1829 gegeben werden müssen, wird niemand eine Rente übernehmen wollen, da das Getraide täglich mehr im Preise sinkt, und die Mehrzahl der Renten in Körnern besteht. — Das Arnsbergsche Amtsblatt Stück 23. Nr 157, Stück 26. Nr. 180, Stück 27. Nr. 193, Stück 35. Nr. 238 de 1835 und Stück 3 Nr. 21 de 1836 beweist, daß der Gläubiger seine Getreide-Renten gegen die jetzigen Preise fast um die Hälfte zu hoch annehmen müßte. Oder er muß nach der Ablöse-Ordnung vielleicht ein Grundstück annehmen, welches isolirt in einer von ihm entfernten nahrungslosen Gegend liegt und daher ihm beinahe nichts werth ist.

Der Curator des v. ****schen Concurses beim Königl. Ober-Landesgericht zu Hamm, zu welchem sehr viele Renten gehören, hat sich Mühe gegeben, eine Abänderung der betreffenden Justiz-Ministerial-Rescripte zu bewirken, aber vergeblich. Sogar heißt es in einem Rescript vom 27. October 1834, daß selbst unter der Voraussetzung des übereinstimmenden Antrags des corporis creditorum die Veräußerung gutsherrlicher Renten unstatthaft sey. In dem Rundschreiben an die Bevollmächtigten der Gläubiger vom 14. März 1835 sagt der Curator, daß beim Königl. Ober-Landesgericht zu Münster fortwährend bäuerliche Renten unter völlig gleichen

Digitized by Google

Verhältnissen in via executionis subhastirt würden. (Wahrscheinlich geschieht dies auf den Grund des Ministerial-Rescripts vom 11. Juni 1833, welches Jahrgang 1. S. 465 angeführt ist.) — Es solle deshalb wiederholt der Recurs ergriffen werden. Von diesem Recurse und dessen Erfolge habe ich jedoch nichts vernommen. Wahrscheinlich ist derselbe deshalb unterblieben, weil immittelst die Ablöse-Preise in den Arnsbergschen Amtsblättern erschienen, und gegenwärtig der Versuch gemacht wird, die Rentschuldner zum Ablösen zu vermögen. Die Gläubiger werden leider mit den angebotenen geringen Löse-Preise vorlieb nehmen, oder auf Ablösung bei der Königlichen General-Commission provociren müssen.

Wenn auf diese Art Moratorien erzwungen werden: so schaden sie am Ende, wie Jahrgang II. S. 253. gesagt wird, doch nur den Schuldnern, und führen den Wucher herbei, den sie verhüten wollen.

In dem Ministerial-Rescript vom 26. September 1831 (Jahrbücher ꝛc. Bd. 38. S. 107.) heißt es:

"Zur Extrahirung einer authentischen Declaration ist indessen die Frage nicht wichtig genug; die Praxis wird sich sich hierüber, so wie es bei den Gehalts-Beschlagnahmen geschehen, bald von selbst fixiren."

Warum soll diese Frage nicht wichtig genug seyn? Eine Menge von Rentenbesitzern würden durch Erledigung derselben ihren gesunkenen Credit wieder erhoben sehen. — Sehr oft werden von Seiner Majestät dem Könige über geringfügigere Gegenstände Erklärungen erlassen.

Digitized by Google

Was die als Beispiel angeführte Gehalts-Beschlagnahme betrifft: so hat sich keinesweges die Praxis hierüber festgellt. Seit dem Jahre 1815 sind die verschiedenartigsten Erkenntnisse bei den Untergerichten, bei den Königlichen Ober-Landesgerichten zu Hamm, Münster und Halberstadt erschienen. Selten kam eine Sache zum Königlichen Geheimen Ober-Tribunal. Diejenigen Gläubiger, welche durch ein ergangenes Erkenntniß benachtheiligt waren, ergriffen ein weiteres Rechtsmittel, und es profitirten hiebei nur die, welche nach Unterschied der Objecte ein ihnen vortheilhaftes Judikat für sich hatten. Diese Verschiedenheit der Grundsätze, welche auch oft bei demselben Gerichtshofe wechselten, dauerte fort, bis durch die Verordnung über Exekution in Civilsachen vom 4. März 1834 die Bestimmungen in §. 16. bis 20. gegeben wurden.

Meines Erachtens wäre es also Zeit, Se. Majestät den König um eine Verordnung zu bitten, wodurch auch die gutsherrlichen Renten der Subhastation unterworfen würden. Alle Gläubiger der Besitzer solcher Renten müssen dies dringend wünschen.

Wenn man glaubt, daß eine eigentliche Subhastation der Renten nicht statt finden könne, ohne gegen Rechtsprincipien zu verstoßen, weil die Renten rechtlich als Forderungsrechte zu characterisiren, und daher nur cedirt oder assignirt werden dürften, so kann der Form leicht dadurch genügt werden, daß die betreffende Rente dem Meistbietenden auf Grund des Licitations-Protocolls

Digitized by Google

durch Cession übereignet wird. Dieser modus procedendi wird als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon jetzt keinem Bedenken unterliegen können, selbst in Concursen, wenn die Bedingungen der Allgemeinen Gerichts-Ordnung Thl. I. Tit. 50. §. 263. erfüllt sind.

Digitized by Google

XI.

Ueber die Succeſſion-Ordnung in den adlichen Familien des Herzogthums Weſtfalen, und über die Untheilbarkeit ihrer Güter.

Vom

Herrn Juſtiz-Amtmann J. H. Seibertz in Brilon.

Die Frage über die Untheilbarkeit des ländlichen Beſitzthums iſt in neuerer Zeit häufig zur Sprache gebracht. Für den Bauernſtand hat ſie unſere Geſetzgebung, durch Aufhebung der früheren Untheilbarkeit, längſt entſchieden. Inſofern kann ſie hier nicht wieder aufgenommen werden. Der Adelſtand aber behauptet fortwährend die Untheilbarkeit ſeiner Allode, mit allen Folgen, welche daraus theils für die Succeſſion-Verhältniſſe der adelichen Familien unter ſich, theils für ihre Stellung gegen die übrigen Grundbeſitzer, ſo wie gegen die Geldpotentaten fließen. Inſofern bleibt die gedachte Frage noch immer ein wichtiger Gegenſtand unſeres deutſchen Privatrechts.

Auch die Geſetzgebung befaßt ſich damit und zwar auf eine Petition der weſtfäliſchen Stände, wegen Emanirung eines Statuts, über die Erbfolge in den ritterſchaftlichen Familien; welche bei der Berathung des Gegen-

Digitized by Google

standes die Nothwendigkeit herbeiführte, die Vermögen-Objecte, worüber verfügt werden soll, bestimmter zu bezeichnen. Dieses veranlaßte des Herrn Justiz-Ministers v. Kamptz Excellenz, den Verfasser durch ein Rescript vom 19. Januar 1834, zum gutachtlichen Berichte über die zur Sprache kommenden Verhältnisse aufzufordern.

Das erstattete Gutachten theilt der Verfasser nachstehend mit und fügt ihm einige nachträgliche Bemerkungen bei, welche theils zur Bestätigung theils zur Berichtigung einzelner Stellen desselben dienen.

I.

Untheilbarkeit.

Durch das hohe Reskript vom 19. v. M. sind mir folgende Fragen zur Beantwortung gestellt worden:

1.

Inwiefern sind diejenigen Güter, welche nach der Verordnung vom 13. Juli 1827 und der in Folge dieser Verordnung angelegten Matrikel, als landtagfähig angesehen werden, nach der früheren, vor dem Eintreten der fremdherrlichen Gesetzgebung bestandenen Verfassung, als untheilbares Ganzes angesehen worden?

Um diese Frage befriedigend beantworten zu können, muß ich mir erlauben, auf die Untheilbarkeit der westfälischen Landgüter überhaupt, also auch auf die der Bauerngüter zurückzugehen.

Diese Untheilbarkeit ist, der publizistischen Natur aller ländlichen Besitzungen zufolge, uralt. Jeder Hof war eine Actie in der großen Compagnie der Staats-

Digitized by Google

gesellschaft; als solche mußte er erhalten werden und es sind auch wirklich alle Höfe so erhalten worden, bis die Macht des Geldes, des jetzigen Repräsentanten alles Werths auf dieser Erde, verwirrend dazwischen trat.

Hiedurch war indeß noch keine absolute Untheilbarkeit gegeben. Es konnte nicht nur ein großer Hof in kleinere Höfe getheilt, sondern auch ein Parzel von einem Hofe zum andern gelegt werden. Nur eine Auflösung des Hofes in lauter einzelne Parzelen, fand nicht statt. Es gab Doppelspänner, Spannbauern, Halbspänner, Dreiviertelspänner und Kötter. Hievon war aber auch der Kleinste noch groß genug zu einem Hofe.

Von solcher Ansicht gieng man auch 1655 bei Anfertigung des allgemeinen Schatzkatasters im Herzogthum Westfalen aus, indem hierin alle schatzpflichtige Bauerngüter als Complexe eingeschätzt, wiewohl alle einzelne Parzelen derselben, nach Bonitätklassen gewürdigt wurden.

Erst als die römischen Ideen von einer divisio civilis eindrangen, welches in Westfalen später der Fall war, als anderwärts, fing man an, die rechtliche Möglichkeit einer Verparzellirung der Bauernhöfe zu erwägen und bei der allgemeinen Geltung des römischen Rechts ergaben sich natürlich, wo nicht ein besonderer Nexus z. B. Lehn u. dgl. statt fand, keine rechtliche Schwierigkeiten dagegen.

Der Bauer sowohl als der Gutsherr fanden dabei sogar mitunter ihre Rechnung; Jener in seiner persönlichen Convenienz zur Theilung oder Veräußerung, dieser in der Wiederverpachtung dismembrirter Parzelen zum höchsten Preise. Nur der Staat konnte keinen Vor-

Digitized by Google

theil dabei finden; weil der bestehenden Einrichtung zufolge, der Schatzung-Ertrag durch Theilung niemals erhöht, wohl aber die Erhebung der Abgaben erschwert, ja sogar mit Verluste bedroht werden konnte.

Deshalb war es auch zunächst die Regierung, welche in der mit den Ständen berathenen Polizei-Ordnung von 1723 Tit. 35. §. 2. verordnete:

Daß die Theilung der Höfe und Güter, so ohne Consens der Obrigkeit und Zuziehung der Gutsherren, binnen 20 oder 30 Jahren geschehen, auch die neuen Kotten, so auf schatzbaren oder gemeinen Grund in den nächstverflossenen 20 Jahren gesetzt worden, sobald sie ledig verstorben oder eher, wenn es füglich geschehen mag, wieder abgeschafft — hinführo dann auch solche Theilung der Höfe und Güter und die Anrichtung neuer Kotten gänzlich vermieden und keineswegs gestattet werden solle.

Hiedurch wurde also zuerst alle einseitige Theilung durch die Bauern, verboten. Ueber die Verparzellirung der Bauernhöfe durch die Gutsherren, hatten die Städte schon in dem Landtag-Protocolle vom 24. Juni 1639 gravaminirt und diese später oft wiederholten Beschwerden brachten das Edict vom 9. Mai 1766 zuwege, worin der Churfürst sagt:

Nachdem die glaubhafte Anzeige geschehen, daß verschiedene Gutsherren des Herzogthums Westfalen die Gründe von den Höfen wegnehmen und selbige stückweise zum Höchsten auspachten, dadurch aber veranlassen, daß die Schatzrezeptoren irre gemacht und die Register in

Digitized by Google

Unordnung gebracht, die Höfe selbst aber verwüstet werden — so sollen die Gutsherren, sie seyen geist-, adeligen oder bürgerlichen Standes, welche die Gründe, es sey völlig oder auch nur zum Theil von den Höfen wegnehmen und parzellenweise auspachten, für das ganze auf dem Hofe haftende Steuerquantum angesehen werden. Auch sollen die auf solche Art verspliſſenen Höfe, binnen Jahresfrist consolidirt und mit tüchtigen Colonen wieder besetzt werden;

wie solches schon die Polizei-Ordnung von 1723 Tit. 35. §. 1. vorschrieb. Diese hatte zwar auch schon im Tit. 31. §. 15 16. vorgeschrieben, daß die Kataster der schatzbaren Güter in gutem Stande erhalten, jährlich revidirt und von den schatzbaren Bauernhöfen keine Güter vermittels Alienation, Distraction, noch sonsten einigerlei Weise verspliſſen werden sollten; allein es bedurfte doch noch des Edicts von 1766, um die Theilung der Bauernhöfe auch von Seiten der Gutsherren zu hemmen und so die völlige Untheilbarkeit dieser Güter gesetzlich festzustellen.

Seitdem wurde diese Untheilbarkeit allgemein anerkannt; das Schatzkataster von 1655 wurde als Normaltypus für die Beurtheilung des untheilbaren Bestandes jedes einzelnen Bauernhofes betrachtet und danach auch das Reconsolidation-Recht jeder einzelnen Sohlstätte zur Wiederherbeischaffung der zu ihr gehörigen Parzelen ermessen.

Nicht ganz so gieng es mit denjenigen Landgütern welche der Adel besaß. Diese waren zwar, als Staats-

Digitized by Google

Actie betrachtet, seit den Anfängen der westfälischen Geschichte eben so untheilbar als die Bauerngüter, aber auch eben so theilbar wie diese. D. h. Ob ein adeliges Gut in zwei, drei oder mehrere Güter vertheilt, ob einzelne Parzelen dazu gelegt oder davon genommen wurden, war gleichgültig; ein Gut, ein adeliger Hof, eine Staats-Actie mußte jeder Hauptheil, worin das Ganze zerfiel, bleiben. Dieses hinderte indeß die rechtliche Möglichkeit nicht, auch ein adeliges Gut zu verparzelliren und es giebt Beispiele genug davon, daß dieses geschehen ist. Auch ist eine völlige Untheilbarkeit der adeligen Güter niemals ausgesprochen worden, wie bei den Bauerngütern. Die Gesetzgebung ist vielmehr in dieser Hinsicht auf einem gewissen Punkte stehen geblieben, jedoch die Sache selbst, die Untheilbarkeit nämlich, auf anderem Wege und zwar theilweise durch Rückwirkungen der agrarischen Gesetze für die Rusticalbesitzungen, zu dem nämlichen Ziele gelangt.

Um dieses klar zu machen, will ich mir zuvörderst erlauben, das Gesagte durch eine Reihe von Beispielen zu belegen.

1) Die jetzige Herrschaft Almen war sonst nur ein Gut, welches zu dem Erzbischöflichen Castrum zu Almen gehörte. Göbert v. Meschede erwarb dieses Castrum mit Zubehör 1430. Seine Ur-Enkel Diedrich und Gerd theilten das dazu gehörige Gut. Durch zwei Ur-Enkelinnen des Ersten wurde dessen Antheil wieder getheilt und fiel an die Familien v. Wolmeringhausen und v. Bodenhausen. Die Söhne Gerds theilten ebenfalls ihren Antheil, wovon ein Theil bei der Familie v. Meschede blieb, der andere an die v. Holding-

Digitized by Google

hausen kam. Theils durch Heirath, theils durch Kauf kamen sämmtliche Güter in den Händen des Grafen v. Bocholtz, Erben der Familie v. Meschede, wieder zusammen.

2) Das Gut Antfeld gehörte im 15ten Jahrhundert einer Familie Lesche, welche es an die von Berninghausen brachte. 1584 war es getheilt zwischen Schöneberg v. Berninghausen und Diedrich Ovelacker, welcher die Hälfte davon durch Heirath einer Tochter v. Berninghausen ererbte. Die Familie v. Schade brachte beide Hälften wieder zusammen.

3) Bamenoel war sonst nur ein Gut und gehörte der Familie v. Heygen, welche es auf die v. Plettenberg vererbte. Zwei Brüder v. Plettenberg theilten das Gut und vererbten es weiter an die Voigte v. Elspe und die v. Steckenberg. Die Güter sind jetzt wieder vereinigt.

4) Bettinghausen gehörte einer gleichnamigen Familie, von der es durch eine Tochter auf die v. Berninghausen kam. Zwei Töchter dieser Familie brachten es halb an die v. Schorlemer halb an die v. Tassigni.

5) Die Erbvogtei Grafschaft trug die Familie der Nobilium de Grascap von den Grafen v. Arnsberg zu Lehn. Johann v. Grafschaft war nach der Lehnrolle des Grafen Gottfried von 1313 beliehen mit der Advocatia in Brunscapelle wozu auch Sieblinghausen ꝛc. und mit der Advocatia in Grascap, wozu unter anderen auch Norderna gehörte. Um 1450 gab Graft v. Grafschaft die

Digitized by Google

Güter zu Brunscapell und Siedlinghausen seiner Schwester Iliane v. Grafschaft zur Ehesteuer mit; so kamen sie an die v. Gaugreben, diese theilten wieder Brunscapell und Siedlinghausen wovon das erste jetzt der Familie Seibertz das zweite der v. Fürstenberg gehört, welche auch die Erbvogtei Grafschaft, nach Aussterben der Stammfamilie, durch Kauf erworben hat.

6) Das Gut Büderich gehörte sonst ganz einer davon stammenden Familie dieses Namens. Im 16ten Jahrhundert war es in sieben verschiedene Rittersitze getheilt.

7) Das Gut Hellinghausen mit dem Amte Friedhardskirchen war ein Lehngut der Familie Vredehardeskerken. Nachdem Lüdecke von der Mühlen, für sich und seine Frau Adelheid, 1398 darauf verzichtet hatte, gieng es ausschließlich — durch Heirath — an die Familie v Schorlemer [1]) über, welche es noch besitzt. Durch Theilungen im 16ten Jahrhundert sind aber aus einem Gute vier geworden, welche jetzt theilweise wieder vereinigt sind.

8) Das Gut Kanstein wurde 1342 einer Linie der Familie Rabe von Papenheim zu Lehn gegeben, welche sich seitdem Rabe von Kanstein nannte. 1558 kam die Hälfte durch Heirath von Katharina, Leopold von Kansteins Tochter mit Philipp v. Spiegel

1) Die v. Schorlemer und Vredehardeskerken haben das nemliche Wappen; sie scheinen zu einer Familie gehört zu haben; wiewohl Thymo von Fredehardeskirke 1263 ein ganz anderes Siegel führte.

Digitized by Google

an diesen, die andere Hälfte behielt die Familie Kanstein, bis später die Grafen v. Spiegel das ganze Gut, die sogenannte Herrschaft Kanstein, wieder vereinigt haben.

9) Das adelige Gut zu Medebach, Stammsitz der zu Soest ausgestorbenen Familie von Medebike[2]) wurde durch Heirath getheilt, und kam theils an die v. Gaugreben theils an die v. Dorfeld und Dalwig. Jetzt sind beide ganz zersplittert.

10) Meschede, das Stammgut der ausgestorbenen Familie dieses Namens, kam an die v. Bocholtz, ihre Erben, welche es verparzellirt und an die Einwohner zu Meschede verkauft haben.

11) Eben so ist das adelige Gut zu Beleke, Stammsitz der Familie von Bolike, von den nachherigen Besitzern, den v. Schade zu Ahausen, um 1812 parzellenweise verkauft worden.

12) Zu Neheim war der ursprüngliche Haupthof in zehn verschiedene Rittersitze getheilt, welche theils an die Stadt gekommen, theils von dem Freiherrn von Fürstenberg zu einem Gute wieder consolidirt sind.

13) Das Schloß zur Norderna gehörte zur Erbvogtei Grafschaft; seit 1297 wurde es theilweise an die Grafen v. Witgenstein und Waldeck veräußert, weiter an die Gaugreben verpfändet und endlich ganz an die Grafen v. Waldeck überlassen, denen der Besitz

---

[2]) Dies ist nicht gewiß; die v. Medebike zu Soest waren Patrizier die ihren Namen von der Stadt Medebach, woher sie kamen, genommen zu haben scheinen.

Digitized by Google

noch ausdrücklich im westfälischen Frieden garantirt wurde.

14) Das Schloß und die Herrschaft Padberg, ursprünglich freies Reichsgut, seit 1217 aufgetragenes cölnisches Lehn der Brüder Gottschalck und Johann v. Padberg, war seit den ältesten Zeiten in das alte und neue Haus getheilt, welche sich späterhin wieder in mehre besondere Linien trennten und wieder vereinigten, so daß nach stattgefundenen sieben Theilungen jetzt die Familie v. Padberg nur noch $^1/_8$ und $^1/_9$ der Gefälle und Jurisdiction nebst einem — nicht adeligen — Gute zu Helminghausen, die Familie von Droste hingegen, durch ein Erbfräulein v. Padberg, das Uebrige des ganzen Guts und resp. der Herrschaft Padberg besitzt.

15) Hoppecke, das Stammgut der Familie von Hottope, wurde von dieser schon seit 1346 getheilt und zu einem Drittheil an die Stadt Brilon verkauft, welche den Wald mit dem Stadtwalde vereinigte und das Ackergut an Kolonen vermeierte. Die anderen beiden Drittheile kamen durch Heirath an die von Dorfeld und sind später wieder in zwei Hälften getheilt worden, wovon die eine der Familie v. Padberg, die andere der v. Droste gehört.

16) Altenbüren, das adelige Gut daselbst gehörte zuletzt der Familie v. Kobbenrode, welche es an die Stadt Brilon verkaufte. Diese vereinigte den Wald mit ihrem Hauptwalde und setzte auf das Ackergut einen Meyer, der gleich den übrigen zum Hauptgute gehörigen Kolonen, noch jetzt Pacht an die Stadt zahlt.

Digitized by Google

17) Rödinghausen, ursprünglich nur ein Gut, der davon stammenden gleichnamigen Familie gehörig, wurde im 14ten Jahrhunderte getheilt und das sogenannte Unterhaus dem Erzbischof v. Cöln zu Lehn aufgetragen; das Oberhaus blieb allodial. Durch Kauf brachten die v. Dücker beide Güter an sich und vereinigten sie wieder zu einem.

18) Scheidingen, sonst nur ein großes Gut, wurde vielfach versplittert, so daß nicht einmal alle Abspliße als eigene selbstständige Güter anerkannt werden konnten. Späterhin ist es in zwei Hauptgüter getheilt, wovon eins v. Bersworbt, das andere v. Bigeleben gehört.

19) Rüden. Die alte Familie v. Bruwerdinghausen hatte hier ihr Stammgut; ein cölnisches Lehn. Nach dem Erlöschen derselben, verpachteten ihre Lehnfolger, die v. Uphoff, die Parzelen desselben geraume Zeit hindurch an Rüdener Bürger, bis sie es 1808 ganz allodifizirten und dann Stückweise meistbietend verkauften.

20) Altenrüden gehörte einer Nebenlinie der Nobilium de Rüdenberg, nemlich den von der Mühlen.[3]) Diese verkauften es im 14ten Jahrhundert an die Stadt Rüden, welche den Wald mit ihrem Stadtwalde vereinigte und das Ackergut an einen pachtpflichtigen Schülten vermeierte.

21) Bödefeld wurde 1428 von Johann von Haxleben dem Erzbischofe v. Cöln zu Lehn aufge-

---

[3]) Es ist nicht gewiß, daß sie von den von Rüdenberg abstammten.

Digitized by Google

tragen. Durch Heirath kam es an die v. Dersch und zuletzt an v. Hausen, welche es 1808 wieder allodifizirten und Stückweise verkauften; so daß der Wald jetzt an v. Fürstenberg gekommen, die übrigen Parzellen aber an Einwohner zu Bödefeld vertheilt sind.

22) Bremscheid, zuletzt der Familie v. Bönninghausen gehörig, ist von dieser verkauft und parzellenweise zerschlagen worden.

23) Störmede; das Stammgut der alten, schon im 13ten Jahrhundert erloschenen Familie v. Störmede kam durch Erbgang auf die v. Hörde. Im 16ten Jahrhunderte erheirathete die Familie v. Bocholtz einen Theil davon, ein anderer kam an die v. Korff. Die Familie v. Bocholtz hat jetzt fast das Ganze wieder vereinigt.

Alle diese Beispiele, welche leicht noch mit anderen, nicht blos aus dem Herzogthum Westfalen, sondern auch aus den angrenzenden westfälischen Landen z. B. Paderborn, Münster u. dgl. hätten vermehrt werden können, ergeben nun folgende Resultate:

1) Die adeligen Güter in Westfalen waren nicht absolut untheilbar. Dieselben sind vielmehr zu allen Zeiten theilbar gewesen und auch getheilt, ja sogar parzellenweise zerschlagen worden.

2) Diese Theilungen bildeten jedoch nicht die Regel. Die angeführten 23 Fälle können für mehr als 200 Rittersitze, welche das Herzogthum Westfalen zählt und für so viele Erbfälle, welche auf denselben in einem Zeitraume von mehr als 600 Jahren vorgekommen sind, nur als Ausnahmen betrachtet werden, welche vielmehr

Digitized by Google

die umgekehrte Regel, daß man nemlich die Ritterſitze nicht theilte, ſie als untheilbares Familiengut betrachtete, erweiſen.

3) Es ergiebt ſich dieſes um ſo mehr, wenn man die einzelnen Fälle etwas genauer betrachtet; denn dieſelben ſind keine gewöhnliche Erbfälle, ſondern entweder ſolche, wo die Familienſtammfolge unterbrochen wurde, weil Erbtöchter zur Succeſſion berufen waren, die durch Heirath in andere Familien übergiengen und dann der bequemeren Auseinanderſetzung wegen die elterlichen Güter lieber theilten, als ſich wechſelſeitig davon abfanden, oder ſolche, wo der Stammfolger, um ſeiner Convenienz willen, den Bruder freiwillig, ſtatt durch Geld, vielmehr durch Güter abfand; oder endlich ſolche, wo überhaupt von keiner Theilung durch Erbfolge, ſondern von einem eigentlichen Auflöſen der Güter durch Zerſtückelung, was freilich in den älteren Zeiten, Vergabungen an die Kirche ausgenommen, nicht vorkommen konnte, die Rede war.

4) Die aufgeführten Fälle beziehen ſich ſowohl auf Lehn- als auf Allodialgüter. In Weſtfalen ſind nemlich in der Regel alle Lehne ſubſidiariſche Weiberlehne, von welchen ſchon 1312 Graf Wilhelm von Arnsberg beurkundete:

quod bona feudalia, quae a nobis dependent — ad nos per obitum alicujus — devolvi non possint ullo modo, sed proximus heres in linea affinitatis hujusmodi bona, sive sit masculus sive femina possidebit;

Digitized by Google

und wovon auch die landständische Ritterschaft am 20. August 1614 bezeugte,

daß aus den weiblichen Linien die nächsten Bluts-Verwandten und Spilmagen succediren, auch den remotioribus agnatis, so derselben vorhanden, präferirt werden.

Ja die Succession der Weiber in Lehnen war so begünstigt, daß es selbst bei entschiedenen Mannlehnen, dem Ehegatten einer Erbtochter nicht schwer wurde, eine neue Belehnung für sich und seine Nachkommen zu erhalten; indem man lieber ein Mäßiges für die nova gratia annahm, als sich den Schwierigkeiten der Separatio feudi ab allodio und dgl. Bedenklichkeiten mehr aussetzte. Wenn also auch nicht einmal das Lehnband als ein Grund angesehen werden konnte, um dessen Willen irgend eine Theilung unterblieb und diese dennoch so selten statt fanden, so kann man wohl annehmen, daß die Untheilbarkeit der adeligen Güter, wenn auch nicht aus gesetzlicher Nothwendigkeit, doch als Regel betrachtet wurde.

So war es denn auch wirklich und zwar sind es hauptsächlich folgende Verhältnisse, welche die gedachte Regel herbeiführten und im Verlaufe der Zeit immer fester begründeten:

a) Die Erblandvereinigung vom 6. Juli 1590 sagt §. 8.: Es solle in Westfalen die adelige Gewohnheit gehandhabt werden,

daß die Schwestern, so Brüder haben, sich mit einem ziemblichen Brautschatz müssen aussteuern lassen, und da sie — ausgesteuert — Verzicht gethan, zur weiteren

Digitized by Google

Succession oder gleicher Theilung mit den weltlichen Brüdern nicht gestattet werden und daß viel weniger die begebenen Kloster-Jungfrauen oder Mönche, sie seyen gleich vom Adel oder aus den Städten, mit den weltlichen succediren und theilen können.

Hiedurch wurden vorab alle Töchter, so lange Söhne da waren, von der Succession in den adeligen Gütern ausgeschlossen, nur die Söhne sollen dazu und resp. zur gleichen Theilung berufen seyn.

b) Das Privilegium pto successionis ad morganaticam von 1597 setzt ferner fest,

daß wenn ein Adeliger zuerst mit einer Person seines Standes, nachher aber mit einer Nichtadeligen verheirathet gewesen und in beiden Ehen Kinder gezeugt habe, die zweite Frau und deren Kinder keinen Anspruch auf die väterlichen Güter, sondern nur auf eine Leibzucht und resp. Abfindung daraus sollen machen können.

Es waren also auch gegen die Ansprüche solcher Nachkommen die adeligen Güter gegen Theilung geschützt.

c) Die vorhin entwickelte Gesetzgebung über die Untheilbarkeit der Bauernhöfe, trug rückwirkend eben so sehr dazu bei, auch die adeligen Güter untheilbar zu machen. So wie nemlich durch das Schatzkataster von 1655 alle bäuerliche und bürgerliche Besitzungen als schatzpflichtige Complexe abgerundet wurden, so traten die adeligen Güter, welche nicht katastrirt wurden, von selbst mit ihnen in den Gegensatz. Mit der Veranlassung zu dem Kataster, hatte es aber folgendes Bewandniß.

Digitized by Google

Vor der ältesten Erblandes-Vereinigung von 1463 gab es keine regelmäßige Steuern in Westfalen. Der Erzbischof mußte die Kosten der Regierung von den Domaineneinkünften ꝛc. bestreiten. Nur für außerordentliche Krieglasten wurde ihm von den einzelnen Landestheilen ein Geldbeitrag verwilligt, wovon jedoch die adelige Dienstmannschaft frei war, weil sie persönlich zu Felde zog. Mit der veränderten Kriegweise hörten diese persönlichen Dienste allmählig auf, nicht aber die Schatzfreiheit. In ferneren Kriegfällen leistete zwar die Ritterschaft einen freiwilligen Geldbeitrag, allein zu den unterdeß aufgekommenen ordinairen Schatzungen verweigerten sie fortwährend allen Beitrag und veranlaßten dadurch einen fast hundertjährigen Streit über ihre Schatzfreiheit, mit den Städten. Diese protestirten noch 1584 vor Notar und Zeugen, als die Ritterschaft nur mit Vorbehalt ihres Herkommens Steuer zahlte und sie gaben selbst da noch nicht nach, als Churfürst Ernst 1587 erklärte, daß er die Ritter durch die zu leistenden schuldigen Dienste, auf die er zu verzichten nicht gemeint sey, für hoch genug besteuert achte. Allein auf einer Quartalconvention erlag der Muth zur Fortsetzung des Kampfes, einer schmähligen Rücksicht auf Interesse. Die Ritterschaft bewilligte, daß die alte Schatzung der Städte von 2190 auf 1400 Königthaler herabgesetzt würde und die Städte erkannten dafür die Schatzfreiheit der adeligen Güter auf ewige Zeiten an; den Ausfall mußten die Bauern, die auf dem Landtage durch eigene Abgeordnete nicht vertreten waren, übernehmen. Der Recessus

Digitized by Google

perpetuae concordiae von 1654 sanctionirte dieses manus manum lavat als Gesetz.

Hiedurch wurde das beständige Schatzcataster von 1655 ins Leben gerufen. Bäuerliche Güter als Complexe und bürgerliche Feldmarken als solche, waren zur Schatzung darin quotisirt. Die adeligen Güter blieben als schatzfrei davon ausgeschlossen, sie isolirten sich daher von selbst und zwar wegen der Schatzfreiheit mehr als je zuvor. Alles was sich damals in adeligem Besitze befand, erlangte durch das Kataster einen festbestimmten, wesentlichen Vorzug vor Anderem; der nun durch Einverleibung oder Absplei\u00dfung nicht mehr gewonnen oder verloren werden konnte, sondern durch besondere Pacten statuirt werden mußte. Belege dazu liefern die beiden ansehnlichen Rittergüter Adolfsburg und Eringerfeld, welche nach jener Zeit (1676 und 1653) aus Bauernhöfen zusammengekauft wurden und wovon die Schatzungen abgelöset werden mußten, ehe sie mit den übrigen Rittersitzen rangirten.[4]) Es spricht von selbst, daß dieses Verhältniß eben so wesentlich als die früher gedachten dazu beitrug, die Integrität der adeligen Güter zu erhalten. Hiezu kamen

d) die Anordnungen der einzelnen adeligen Familien selbst, welche dem Eindringen römischer Rechtbegriffe über Theilbarkeit, wodurch ihre Erhaltung in altem angestammtem Wohlstande, vernichtet worden wäre, durch Ehepacten, Testamente, hie und da auch durch besonders

---

[4]) Adolfsburg ist noch jetzt nicht landtagfähig.

Digitized by Google

errichtete Fideicommisse, so viel als möglich zu wehren suchten, zumal die Provinzialgesetzgebung, wie aus dem Gesagten hervorgeht, eigentlich auf halbem Wege stehen geblieben war. Man gieng bei diesen Vorsichtmaaßregeln so weit, daß man die von den Frauen beigebrachten Güter, nicht minder als die alten Familienbesitzungen, in den fideicommisssarischen Nexus zog und die Töchter nicht blos auf die väterlichen, sondern auch auf die mütterlichen Güter verzichten ließ.

Alles dieses zusammen wirkte dann allmählig, besonders in den letzten beiden Jahrhunderten dahin, daß man de facto die adelichen Güter, zumal aber die Stammgüter einer Familie, für eben so untheilbar hielt und vererbte, als die Bauerngüter, obgleich ihre Untheilbarkeit niemal gesetzlich ausgesprochen worden ist, wie bei diesen.

Dieses führt von selbst zu der zweiten Frage:

2.

In wiefern sind die adelichen Güter — sey es nach einem Herkommen in einzelnen Familien, oder nach einem Gewohnheitrechte, oder nach geschriebenen Gesetzen — als Stammgut der Familien angesehen worden, die sich in deren Besitz befanden und wie ist in dieses Stammgut succedirt worden?

Es wird hier vor Allem nöthig seyn, den Begriff des Stammgutes festzustellen. Nimmt man die Sache geschichtlich, wie man doch wohl muß, so sind Familienstammgüter nur solche, welche nicht den einzelnen Mitgliedern der Familie als Individuen, sondern der Gesammtheit der Familie als idealer Einheit zustehen. So

Digitized by Google

wurde der Begriff schon bei den Israeliten genommen. Das Halljahr machte jeden Privaterwerb von Grundgütern, außer der Familie welcher sie angehörten, über eine 50jährige Dauer hinaus unmöglich. Die ältesten römischen Agnation- und Gentilitätrechte beweisen, daß auch dieses mächtige Volk des Alterthums nur Familienstammgüter kannte, bis die späteren Julischen Gesetze anfingen, die persönlichen Erbrechte zu erweitern. Bei unseren deutschen Vorfahren war es eben so. Denn es versicheren nicht blos römische Schriftsteller wie Tacitus und Cäsar, daß Grund und Boden bei ihnen nach Geschlechtern, nicht nach Personen vertheilt war, sondern die Bestimmungen ihrer eignen Gesetze, der Lex Wisigothorum, Burgundionum, Ripuariorum, Salica u. s. w. belegen dieses augenscheinlich. Es ist solches auch sehr natürlich, wenn man erwägt, daß alle alte Völkerstämme ursprünglich nur große Geschlechter waren.

Was insbesondere unsere deutschen Väter im alten Sachsen, jetzt Westfalen, betrifft, so liefert unsere ursprüngliche Hof-Verfassung, der Antheil der Höfe an der gemeinen Mark u. s. w. überall die schlagendsten Beweise dafür, daß sie das unbewegliche Gut nur als Familiengut betrachteten, welches der Einzelne als Mitglied einer solchen Familie im Kleinen, als agnatus oder Mitglied der großen Nationalfamilie, als gentilis im römischen Sinne, benutzte und verwaltete, worüber aber das echte Eigenthum nicht sowohl dem Einzelnen als der Gesammtheit zustand.

Hierin brachten auch weder die Grundsätze des Lehnrechts, noch die immer häufiger werdenden Verschenkun-

Digitized by Google

gen an Geistliche, eine wesentliche Aenderung hervor. Diese erwarben nemlich nicht für ihre Person, sondern für die Kirche, eine eben so ideale Person als der Staat selbst und der Vasall erhielt an dem Beneficium ebenfalls nur ein persönliches Nutzungrecht, das Eigenthum blieb der Gesammtheit und selbst als der Inbegriff jener Nutzungrechte sich zu einem sogenannten dominium utile ausbildete, wurde dieses ein Gesammt-Eigenthum der Familie.

Die erste bedeutende Aenderung in dieser Ansicht der Sache wurde durch die Städte, und den lebhaften Verkehr in denselben, der alles zu mobilisiren strebte, hervorgebracht. Jedoch gieng auch dieses nur langsam. Man unterschied noch lange zwischen Weichbildgut und Familienstammgut. Jenes war vererblich gleich fahrender Habe, dieses hingegen mußte bei der Familie bleiben. So z. B. sagt noch das Briloner Stadtrecht von 1290:

quod quicunque vir aut uxor de nostris burgensibus heredes habuerit, uno illorum defuncto, alter eorum potest et debet, ex jure ac approbata consuetudine nostrae civitatis, relinquere suis heredibus, illo tempore viventibus, medietatem omnium bonorum suorum, mobilium ubicunque fuerint ac etiam immobilium quae infra oppidum Brilon sunt sita tam in domibus quam in areis qnae Wigbelde volgariter nuncupantur, reliquam vero medietatem, poterit vir alteri uxori vel uxor alteri marito et eorum heredibus de se procreandis, sine

Digitized by Google

alicujus calumpnia plenius assignare, tradere ac donare. Agros autem camporum nemo debet vel poterit à primis heredibus alienare, sine consensu eorundem heredum et libera voluntate. Si vero secundus vel tertius aut forte quartus contractus matrimonii caruerit heredibus, omnia bona conjugatorum debent ad priores heredes plenarie revenire.

An diesen Grundsätzen wurde so lange festgehalten, bis die immer mehr eindringenden Lehren des Justinianischen Rechts über divisio und hereditas, dem verkehrlustigen Sinne der Bürger die Hand boten und mit Hülfe der Macht des Geldes, am Ende alles städtische Gut dem Weichbildgute gleich stellten. Von da ab schwand der Begriff von Stammgut aus den Städten gänzlich, selbst auf dem platten Lande wurde er verwirrt und in mehren Gegenden gieng er so verloren, daß sich völlige Theilbarkeit des Grund-Eigenthums einschlich, z. B. in der Grafschaft Züschen, dem Amte Waldenburg, im Siegen'schen u. s. w. Im Ganzen jedoch begründete das Kataster von 1654 in der früher angegebenen Art, Untheilbarkeit der Güter auf dem Lande und namentlich stellten sich für den schatzfreien Grundbesitz des Adels, folgende Grundsätze über die Stammgutqualität desselben fest.

1) Stammgut ist alles, was der Erblasser von seinen Vorfahren an Gütern geerbt hat. Da nämlich dem früher Gesagten zufolge, die Successions-Ordnungen des westfälischen Adels so geartet waren,

Digitized by Google

daß die Güter desselben durch Töchter sehr leicht aus einer Familie in die andere übergiengen, so konnte sich der strenge Begriff des Stammguts, wie er eben geschichtlich entwickelt worden, und wie er theilweise noch in den ältesten Stadtrechten festgehalten war, mit agnatischer Consequenz — sit venia verbo — nicht erhalten. Dieser mußte vielmehr unter den entwickelten Zeitverhältnissen in Stadt und Land, dem eben angegebenen milderen und doch umfassenderen weichen. Es ist deshalb nichts gewöhnlicher in Westfalen, als daß die Güter wovon eine Familie den Namen hat und wovon sie urkundlich gewiß herstammt, die Stammgüter anderer Familien sind. Nur in solchen Fällen, wo in allen Generationen Söhne, ohne Unterbrechung durch Töchter, auf die Väter folgten, oder wo besondere Familienfideicommisse die Töchter für immer von der Succession ausschlossen, findet man, daß die Stammgüter einer Familie seit Jahrhunderten dieselben geblieben sind.

2) Alles von dem Erblasser selbst erworbene Gut, gehört nicht zum Stamm- sondern zum Erbgute. In dieses Erb- und jenes Stammgut wird folgendermaaßen succedirt:

3) Der älteste Sohn erhält alle Stammgüter ausschließlich. Die Töchter erhalten davon bei ihrer Verheirathung eine Ausstattung, oder wenn sie unverheirathet bleiben, eine angemessene Versorgung. Wie groß jene Ausstattung und wie diese Versorgung seyn müsse, darüber brach es von jeher an aller näheren Bestimmung. Früher brachte man die Töchter, welche nicht

Digitized by Google

verheirathet wurden, gewöhnlich in Stiftern und Klöstern unter. Heutzutage werden Leibrenten dafür an die Stelle treten müssen. Die nachgebornen Söhne erhalten ebenfalls von dem Stammgute nur angemessene Versorgungen. Auch für die Beurtheilung dieser, gebricht es an allem näheren Maaßstabe. Früher fanden sich solche Versorgungen leicht in Kapiteln, Ritterorden u. dgl. Heutzutage werden sie entweder nur in Anstellungen beim Civil und Militär resp. in den Fonds zur Qualification dazu oder auch in Leibrenten, etwa durch Abtretung einzelner, neu erworbener Güter bestehen können.

4) Von den erworbenen Gütern erhalten die Töchter, der Erblandvereinigung zufolge, ebenfalls nur Abfindungen. Die Söhne haben aber alle gleiche Ansprüche darauf, wenn durch Testamente oder andere Verordnungen, — beziehungweise durch die observanzmäßige Untheilbarkeit der Rittergüter — nicht die Stiftung besonderer Linien begünstigt wird.

Schließlich muß ich mir über den Begriff der westfälischen Rittergüter, noch Einiges zu bemerken erlauben. Bei Anfertigung der Martrikel über dieselben, ist die Bilsteiner Redemtionliste von 1653 zum Grunde gelegt. Diese ist unvollständig; weil sie nicht sowohl die adeligen Güter, als die adeligen Gutbesitzer aufzählt und von den Gütern nur diejenigen nennt, welche grade eigene Besitzer hatten. Darum zählt die Redemtionliste im Ganzen nur 161 Rittersitze im Herzogthum Westfalen, obgleich sich über 200 adelige Güter darin befanden, von denen noch viele in mehre einzelne Ritter-

Digitized by Google

sitze getheilt waren; so daß es dieser eigentlich weit mehr gab, als ursprüngliche Güter und darum die Redemtionliste noch unvollständiger erscheint.

Zwar konnten nicht alle jene Güter, welche ziemlich vollständig in

v. Steinen westfäl. Geschichte St. 30. (Er nennt 222.)

und größtentheils auch in des

Voigt v. Elspe geographischem Wegweiser über die Herzogthümer Engern und Westfalen, bei Steinen St. 7.,

aufgezählt sind, in die Matrikel der nach der Verordnung vom 13. Juli 1827 landtagfähigen Güter aufgenommen werden, weil diese Aufnahme durch einen Steuer-Census bedingt ist, den augenblicklich nicht alle zahlen, weil z. B. aus früheren Zeiten hie und da noch viele Parzelen davon versetzt sind. Allein da solche einstweil ausfallende Güter nichts destoweniger Rittergüter sind, von welchen hinsichtlich der Untheilbarkeit das Nemliche gilt, wie von den übrigen, und da selbst ihre jetzige Ausschließung aus der Matrikel der landtagfähigen Güter, nur eine vorübergehende seyn kann, weil entweder durch Wieder-Einlösung der davon versetzten Parzelen oder, den neuesten Bestimmungen zufolge, sogar durch Zukauf neuer Besitzungen, der geforderte Steuersatz heraus gebracht wird, so dürfen sie hier nicht übergangen werden. Es würde überhaupt sehr zweckmäßig seyn, ein vollständiges Verzeichniß aller Rittergüter anzulegen, die ehemals als solche zur Begehung der Landtage berechtigten, wenn der Besitzer überhaupt dazu qualifizirt war. Es

Digitized by Google

würde dann für einzelne Fälle keine weiteren Nachweisungen der adeligen Qualität, so wie keine besonderen Nachträge zur Matrikel mehr bedürfen; sondern es würde genügen, den Steuersatz nachzuweisen, um den in der Matrikel aufgenommenen Gütern das einstweil ruhende active Stimmrecht wiederzugeben.

Die frühere Landtagfähigkeit der Rittergüter, war nemlich durch keinen Census bedingt und sie konnte es nicht wohl seyn, weil die Rittergüter keine Steuern gaben. Die Stände sind überhaupt älter als die Steuern, und das Recht zur Standschaft war durch die Klassen der bürgerlichen Gesellschaft bestimmt, denen man angehörte. Diese gliederten sich nun freilich wieder nach dem Besitzthume, allein solche reale Berechtigungen, wie wir sie heut zu Tage kennen, gab es damals nicht. Die alten Matrikeln der Adeligen führen daher auch blos die Ueberschrift: Registrum militarium, ohne adelige Sitze. Ein Zeichen, daß es nur der Nachweise des persönlichen Standes zur Berechtigung bedurfte. Daher findet man auch, bis zum Anfange des 16ten Jahrhunderts, so oft mehrere Brüder eines Hauses unter den Ständen, ohne daß deswegen jeder einen eigenen Rittersitz hatte. Aber persönlich dienstfähig mußten sie seyn.[5]) Dieses war auch die einzige, eigentlich persönliche Qualität, welche erfordert wurde. Allein bald ergaben sich dieser Requisite mehrere.

---

[5]) So war es auch im Münsterlande. Kindlinger Münsterische Beiträge Bd. 1. Urk. S. 157.

Digitized by Google

Auf dem Landtage zu Meschede von 1586 beschloß der Adel, daß jedes seiner Mitglieder 16 Ahnen nachweisen sollte, welches zum Landtage zugelassen werden wollte. Es wurde zu diesem Ende ein eigenes Ritterbuch angelegt, worin man den sechszehnahnigen Stammbaum jedes Mitgliedes der Ritterschaft zeichnete, welches zum Landtage aufgeschworen wurde. Der älteste dieser Stammbäume ist vom Jahre 1651. Churfürst Maximilian Heinrich bestätigte jenen Beschluß 70 Jahre später, am 10. Mai 1657, als ein Herbringen. Durch ein Diplom vom 16. Octbr. 1786 ertheilte Kaiser Joseph II. der westfälischen Ritterschaft diese Ahnenprobe als Kaiserliches Gnadenprivileg, nicht aber als Bestätigung alter Observanz.

2) Durch das oft gedachte Kataster von 1655, welches gleichzeitig mit dem Ritterbuche angelegt wurde, stellte sich von selbst für den landsässigen Adel der Besitz schatzfreier Güter heraus, und so wurde dann auch allmählig, statt der ehemaligen persönlichen Ritterdienste, der Besitz eines schatz- und dienstfreien Gutes, zur Ausübung der Standschaft erfordert. Mehr als dieses, ward aber nicht erfordert; man ließ es vielmehr auch jetzt zu, daß Söhne noch während des Lebens ihrer Väter als Ritter aufgeschworen wurden, wenn sie nur nachwiesen, daß das Hauptgut des Vaters aus mehreren zusammengelegten kleinen Gütern bestand und ihnen der Vater ein solches kleineres Gut als Aufschwörungtitel — obgleich nur dem Namen nach — überließ. So z. B. wurde 1735 den 9. October, Fritz Ernst v. Weichs, Sohn von Franz Otto v. Weichs zu Körtlinghausen auf

Digitized by Google

Bohnenburg aufgeschworen, nachdem unterm 26. Sept. des nemlichen Jahres Richter und Scheffen zu Rüden bekundet hatten, daß Bohnenburg, welches schon seit mehrern hundert Jahren Körtlinghausen incorporirt war, früher ein eigenes adeliges Gut gewesen sey.

An eine bestimmte Größe eines solchen Guts, an eigene Bewirthschaftung desselben, wurden keine Anforderungen gemacht. Daher so viele adelige Güter, auf welche früher Aufschwörungen erfolgt sind, in der neueren Matrikel fehlen; welche eben deshalb als eine genügende Nachweise derjenigen Besitzungen nicht betrachtet werden kann, die dem hier entwickelten Prinzip zufolge, als untheilbare betrachtet werden müssen.

II.

Succession-Ordnung.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die ausgehobenen Vorschriften unserer Provinzialgesetze hinsichtlich der dadurch bestimmten Rechtsverhältnisse keineswegs erschöpfend genannt werden können, daß sie vielmehr in mancher Beziehung noch gar sehr einer näheren Bestimmung bedürfen. Es sollen hier einige dieser Gesichtpunkte herausgehoben werden.

1.

Ist der Verzicht, dessen der Art. 8. der Erblandvereinigung erwähnt, nothwendig? d. h. muß er geleistet und, wenn er verweigert wird, für geleistet angesehen werden? — Der Art. sagt, es solle die adelige Gewohn-

Digitized by Google

heit gehandhabt werden: „daß die Schwestern, so Brüder haben, sich mit einem ziemblichen Brautschatz müssen aussteuren lassen, vnd da sie mit einem gepuerlichen Brautschatz ausgesteurdt vnd für den Freunden in den Heyraths-Vereitungen oder in Heylichs-Brieffen, oder für Gericht auch ohne leiblichen Aydt (dieweil die Gewohnheit auch ohne den Aydt pacta de non succedendo bestettigen kan) Verzicht gethan, zu weiterer Succession oder gleicher Theilung mit denen weltlichen Brüderen nicht gestattet werden, vnd daß viel weniger die begebenen Closter-Jungfrawen oder Moniche, sie seyen gleich vom Adel oder aus den Stetten, mit denen Weltlichen succediren vnd theilen können, doch mit dem Zusatz, daß man auch den weltlichen Schwestern den versprochenen gepuerlichen Brautschatz vnd den begebenen geistlichen Personen ihre durch die Eltern oder Freunde fur der Profession nach Gelegenheit der Güter vermachte ziembliche Leibzucht gewißlich vnd vnverzuglich bezahlt oder dessen gewertigh seyn sollen, daß man ihnen durch Zuschlagungh der Güter oder andere schleunige Mittel zur Bezahlung vnverzuglich verhelfen oder da solchs ins dritte Jahr verachtet vnd so lang die Bezahlung verzogen, daß sie dann in die Güter pro quota hereditaria immittirt vnd eingesetzt werden sollen.“ — Nach der copulativen Fassung dieser Worte und besonders nach dem Schlusse des Art. scheint es sehr zweifelhaft, ob die gedachte Frage bejahet werden müsse. Das Gesetz sagt, die Gewohnheit solle gehandhabt werden, daß die Schwestern sich von den Brüdern durch einen ziemlichen Brautschatz abfinden

Digitized by Google

lassen müssen, und, wenn sie diesen Brautschatz erhalten und Verzicht geleistet haben, auf gleiche Theilung mit den Brüdern keinen Anspruch mehr sollen machen können. Ein Präjudiz für den Fall, wenn sie einen Brautschatz nicht annehmen und den Verzicht nicht leisten wollen ist nicht ausgedrückt. Noch weniger aber ist der Fall gesetzt, wenn ihnen die Aussteuer nicht angeboten, der Verzicht von ihnen nicht verlangt ist.

Im letzten Falle scheint es vielmehr ganz unzweifelhaft, daß die natürlichen Ansprüche der Schwestern auf gleiche Theilung mit den Brüdern bestehen bleiben, daß also in solchem Falle auch die Güter nicht untheilbar sind. Dies geht nicht allein daraus hervor, daß eine Untheilbarkeit der Güter an sich, wie schon in dem Gutachten bemerkt, gesetzlich nirgend ausgesprochen ist, sondern es ist auch deutlich gesagt in dem Art. 9. der Erblandvereinigung, wo es heißt: „Da auch die Gebrüder ohne absteigende eheliche Kinder und Erben versterben, soll denen weltlichen Schwesteren, oder da die nicht vorhanden, den Geistlichen, nicht abgeschnitten werden, was ihnen Vermög gemeiner beschriebenen Recht gepuert," d. h. gleicher Antheil am Vermögen.

Im ersten Falle dagegen, wenn Annahme der Abfindung und Leistung des Verzichts von den Schwestern verweigert wird, scheint es eben so unzweifelhaft, daß das mangelnde Präjudiz durch eintretende richterliche Vermittelung so ergänzt werden muß, daß die fragliche Gewohnheit gehandhabt wird.

In der Erzstift-Cölnischen Rechts-Ordnung von 1663, welche im Herzogthum Westfalen zwar niemals eingeführt

Digitized by Google

worden, welche aber selbst bezeugt, daß die im Tit. 6. derselben gesammelten Rechtgewohnheiten denen der benachbarten Lande gemäß seyen und welche daher zur Erläuterung der 70 Jahre älteren Erblandvereinigung wohl benutzt werden kann, wird die Sache in ähnlicher Art bestimmt. Es heißt darin: 1) Die gesammelten Gewohnheiten seyen von Vielen zum Verderb der Ritterschaft bestritten worden. Es habe deshalb nöthig geschienen, solche gesetzlich zu sanctioniren. Es sollen demnach, wenn Söhne vorhanden, die Töchter durch Geld abgefunden werden. 2) Diese Abfindung soll durch die Verwandten billig ermessen, 3) jedoch ihrem Betrage nach erhöhet werden, wenn das Vermögen bedeutend und nur ein Sohn mit wenig Schwestern vorhanden ist. 4) Die Aussteuer soll der Abfindung angemessen seyn. 5) Die Töchter sollen alsdann nicht allein von der elterlichen Verlassenschaft, sondern auch "von der Brüder Beifall der Stock- und Stammgüter" (d. h. wenn alte getheilte Familiengüter einem Stamme wieder zusterben) ohne besondern Verzicht als abgefunden betrachtet werden. 6) Wenn Brüder kinderlos versterben, und erworbene Güter hinterlassen, so sollen dazu Schwestern wie Brüder gleich berechtigt seyn. 7) Hinterlassen dieselben aber Stammgüter, so erhalten die Schwestern davon nur eine verhältnißmäßige Geldabfindung. 8) Vermisheirathen sich die Brüder, so sollen die Schwestern zur Kopftheilung mit den Brüdern in alle Güter berechtigt seyn, ohne daß die Brüder den ihnen sonst stipulirten sogenannten adeligen Vortheil in

Digitized by Google

Anspruch nehmen können. 9) Verheirathen sich aber die Söhne solcher vermisheiratheten Brüder wieder mit Standespersonen, so haben deren Kinder auch wieder Anspruch auf den gedachten Vortheil bei der Succession.

Auch hier wird der Fall nicht berührt, wenn den Schwestern eine Abfindung nicht angeboten, ein Verzicht von ihnen nicht verlangt ist. Letzter soll nur dann für geleistet angenommen werden, wenn die Abfindung erfolgt ist. Untheilbarkeit der Güter an sich wird nicht allein nicht statuirt, vielmehr Theilbarkeit in den geeigneten Fällen für zulässig erklärt.

2.

Welches sind die Rechte mehrer Söhne? Daß in frühern Zeiten alle Söhne gleiche Theilnahmerechte am elterlichen Nachlasse hatten, ist wohl unzweifelhaft. Dieses geht aus den angeführten Beispielen von Theilungen zur Genüge hervor. Ganz sprechend wird es aber durch einen Kaufbrief von 1244 über Güter an das Kloster Bredelar bekundet, den wir hier im Auszuge mittheilen wollen.

Thimo dei gratia propositus in monte martis et consules eiusdem oppidi — — Nouerint idcirco tam moderni quam postfuturi quod Godescalcus miles de Pathberg inter cetera bona que ex hereditate patris sui ipsum contingebant quaedam bona nomine Northolthe habebat, que cum ipse et fratres sui bona patris inter se partirentur in partem suam cedebant, et hec specialiter a progenitoribus suis proprietario iure possidebantur, sicque ad ipsum ut pre-

Digitized by Google

diximus sunt deuoluta sicut iu presentia honestorum virorum est probatum quibus fuit notorium que etiam nostro tempore quiete possedit. de quibus domnum Wydekindum abbatem de Breydelar et suum conuentum ordinis cysterciensis conuenit, prebens eis immo nimia instancia petens ut emere uellent. Ad quod cum responderent quia eis emere non competeret, humiliter rogantes, ut a tali proposito cessaret, grauiter accepit et ab intentione sua minime quieuit. Tunc abbas et sui fratres habito consilio hesitantes quid facerent cum angustie eis forent undique, quidam fideles se interposuerunt consulentes quia cum predicta bona pro situ suo monasterio eidem contigua forent et commoda ut emerent et quatuor partes agrorum bonis suis in esbike pertinencium, hoc adicientes quia idem Godescalcus tam pro agris quam bonis XXti et VI marcas acceptasset, in quo tandem Abbas et conuentus consenserunt. dummodo certificati fierent ne postmodum periculo subiacerentur. Deinde sepedictus Godescalcus ad nos in Mersberg ueniens presentibus honestis uiris ubi agros jam dictos et bona prefata cum agris, cultis et incultis. siluis, pratis, paschuis, aquis, aquarumque decursibus et cum omni integritate utilitatis sicuti ipse possedit assentientibus fratribus suis. Johanne castellano in Pathberg, Johanne, Wernhero clericis. Hermanno milite. ecclesie obtulit memorate, in manus nunciorum uidelicet Heinrici prioris. Cesarii camerarii et Johannis de fleictorph qui ex parte ecclesie

Digitized by Google

ipsum negotium procurando ad nos fuerant destinati, assignans, omnique iure suo tam in bonis quam in agris habito totaliter cedens, insuper promittens quod uxor et parui similiter renunciarent. Sicque in continenti de predicta summa XIIIIor marcas recepit. Postea nuncii claustri Leicthenuyls uenerunt ubi uxor predicti Godescalci dna Alheidis, filii sui Hermannus, Godescalcus et Theodericus filie Gertrudis et Cunegundis et soror sua dna Cunegundis supradicto modo renunciauerunt. Quo facto idem Godescalcus ad ipsum claustrum Breydelar accessit agros et bona presente abbate et conuentu super altare beate Marie offerens omni iure suo sollempniter renunciauit. tuncque residuas XII marcas statute pecunie percepit. Ego Johannes castellanus in Pathberg subscribo, facto fratris mei Godescalci consentiens, claustroque de emptis bonis plurimum faueo quia ius in eis non habeo et hoc sigillo meo huic pagine appenso publice protestor. — —

Die Brüder Gottschalk, Johann, Werner und Hermann von Padberg theilten also unter sich ihre väterlichen Güter, welche sie von ihren Vorfahren geerbt hatten (ihre Stammgüter), Gottschalk verkaufte von den auf ihn gefallenen, mehre an das Kloster Bredelar, dem sie gelegen waren. Seine Frau und Kinder, Söhne und Töchter, seine Brüder und Schwester gaben dazu ihre Einwilligung, und insbesondere that dieses sein Bruder Johann, dem das Stammschloß Padberg zugefallen war, aus dem Grunde, weil er, vermöge

Digitized by Google

der Theilung, kein Recht mehr daran hatte. Das Stammgut war also auf der einen Seite damals theilbar, auf der anderen aber wurde es als Familien-Eigenthum betrachtet, weil die Einwilligung von Frau und Kindern, Brüdern und Schwestern zur Veräußerung erforderlich war.

Zwei Jahre später verkaufte in ähnlicher Weise der Castellan Johann von Padbrg von dem ihm mit zugefallenen Gute Beringhausen, so viel Aecker, daß sie ungefähr einen Mansus ausmachten — partem agrorum — circa mansum unum — an das Kloster Bredelar. Hierdurch wurde ebenfalls Stammgut getheilt und veräußert, denn Beringhausen war schon seinem Grosvater Gottschalk von Padberg 1170 vom Erzbischof Philipp für Bredelar vertauscht worden, auf welchem dieser das Kloster stiftete.

Die gleiche Ansicht von der Gentilität der Güter auf der einen und von ihrer Theilbarkeit und Veräußerlichkeit auf der anderen Seite, ohne Berücksichtigung ihrer Stammgutqualität erhielt sich auch in den folgenden Jahrhunderten, wie sich durch eine Reihe von Urkundenauszügen leicht nachweisen ließe, wenn dadurch diese Bemerkungen nicht zu weitläufig würden. Es wird deshalb auf das bald erscheinende Urkundenbuch des Verfassers zur westfälischen Geschichte Bezug genommen.

So wie nun hienach die Gentilität der Güter ihre Theilbarkeit nicht hinderte, letztere vielmehr in den Städten alles Familiengut in Weichbildgut umzuwandeln anfing,

Digitized by Google

so war umgekehrt auf dem Lande jene stabilere Gentilität, in Verbindung mit den vorhin weiter ausgeführten Schatzungverhältnissen Veranlassung, hier die Theilbarkeit aufzuheben und zwar bei Bauerngütern durch Gesetze, bei Rittergütern durch Gewohnheit. Diese Gewohnheit wird zwar in der Erblandvereinigung von 1590 insofern auch gesetzlich geschützt, als von Abfindung der Töchter die Rede ist. Allein von Untheilbarkeit der Stammgüter in Bezug auf die Söhne ist darin noch nicht die Rede. Es wird vielmehr die Theilbarkeit stillschweigend anerkannt, und hat diese auch noch lange bestanden, bis sich im Geiste der fortschreitenden Zeit, das Prinzip der Untheilbarkeit der sogenannten Stammgüter (bona avita) im Gegensatze der erworbenen (bona acquisita) bei dem niederen Adel ungefähr so ausbildete, wie bei dem regierenden hohen Adel und wie es in dem Gutachten sub II. 1. 2. 3. 4. angegeben worden. Der hohe Adel fühlte nehmlich mit der allmähligen Ausbildung der Landeshoheit in geschlossenen Territorien, zuerst die Nachtheile der fortwährenden Zerstückelung dieser Territorien, sowohl für die Regierung derselben, als für den persönlichen Glanz der Familien. Er suchte daher zuerst den Söhnen durch Erbverzichte der Töchter und dann unter den Söhnen durch fideicommissarische Primogenitur dem ältesten derselben, den ausschließlichen Besitz des Stammguts zu sichern. Für den niederen Adel war dies schwieriger, theils wegen der außerordentlich großen Zahl seiner Mitglieder, theils wegen der Standes- und Geschlechtsvermischung desselben mit den übrigen Freien, für welche sämmtlich die gemeine Intestatsuccession in

Digitized by Google

den einzelnen Familien galt,[6]) bis die alte Sonderung der Stände in Freie und Hörige, durch die neuere in niederen Adel, Bürger und Bauern, so wie der alte persönliche Dienst aller Freien, durch Ritterdienste der Ministerialen und Steuern der Nichtministerialen verdrängt wurde. Hiedurch und durch das demnächstige Kataster schied sich adeliges Gut von bürgerlichen, der neue Adel sonderte sich als Kaste und starb deswegen auf viel wenigere Familien zusammen. Die Mitglieder desselben fingen nun auch an, durch Erbverzichte und Familienfideicommisse, Stammgüter zu errichten,[7]) und dadurch die adelige Gewohnheit zu bilden, deren unbestimmte Umrisse die Erblandvereinigung von 1590 zuerst anerkennt und deren spätere Entwickelung in dem Gutachten weiter angegeben ist.

Es würde also nun noch darauf ankommen, die Rechtverbindlichkeit dieser angegebenen Gewohnheit, durch die Angabe von Daten, welche zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes überhaupt erforderlich sind, darzuthun, um ihr factisches Bestehen zu sichern. Die adeligen Familien, in deren Interesse das Fortbestehen jener Gewohnheit liegt, werden dazu leicht im Stande seyn.

Mit diesen Ansichten stimmt wieder die Rechtsordnung von 1663; denn sie sagt §. 12.: Sind die

---

[6]) Im Jahr 1223 vererbpachtete das Walburgiskloster bei Soest einen Mansus an drei Brüder und ihre Erben; behielt sich aber die Untheilbarkeit desselben ausdrücklich vor.

[7]) Vergl. Eichhorn Priv. Recht §. 331.

Digitized by Google

Schwestern abgefunden, und es ist nur ein Stammgut vorhanden, so soll davon der älteste Sohn das Haus mit Beifang und den adeligen Rechten, als Jurisdiction, Jagd, Fischerei, so wie die zunächst gelegenen Ländereien haben, die jüngeren Söhne sollen die übrigen Ländereien theilen, der ungleiche Werth soll durch Erstattung ausgeglichen werden. §. 13. sind aber mehre Güter vorhanden, so soll der älteste Sohn sich eines aussuchen können und dann die Reihe an die übrigen Söhne kommen.[8])

3.

Die gedachte Angabe specieller Daten für das Bestehen der Gewohnheit in ihrem jetzigen, im Gutachten näher angegebenen Umfange, durfte um so erforderlicher *seyn*, wenn ferner gefragt wird: Was ist eigentlich der Gegenstand des §. 8. der Erblandvereinigung von 1590? Waren es blos Immobilien oder die ganze universitas? Waren es blos die sogenannten bona avita oder sämmtliche Güter? blos inländische oder auch ausländische? Bestand die Gewohnheit in Bezug auf das adelige Gut oder den adeligen Besitzer? — denn über alle diese, unstreitig sehr wichtigen Fragen geht die Erblandvereinigung so stillschweigend hinweg, daß sie nur auf geschichtlichem Wege beantwortet werden können. Wir wollen dieses versuchen.

Zur Zeit der Erblandvereinigung gab es, wie schon

---

[8]) Ganz in ähnlicher Art wurde es mit den adeligen Gütern der Grafschaft Mark und im Cleveschen gehalten.

Digitized by Google

bemerkt, noch keine adelige Güter. Es gab nur freies und höriges Gut. Jenes besaßen freie Adelige (liberi Nobiles) und freie Bauern (liberi); dieses hörige Adelige (Ministerialen) und hörige Bauern (Colonen und Leibeigene). Die Dienstehre überwog aber schon damals die Standesehre; die Ministerialen drängten sich an die alten (jetzt sämmtlich ausgestorbenen) nobiles, und machten mit ihnen, ohne Rücksicht ob sie persönlich hörig oder frei, einen neuen Adelstand aus. Die Bauern wurden dadurch von selbst auch in einen Stand zusammen gezogen; zwischen beide stellten sich die Bürger in den Städten. Dieses machte aber noch immer keinen Unterschied zwischen adeligem und nicht adeligem Gut. Zu diesem Unterschiede brachen zuerst die Städte Bahn; indem sie das freie Gut, was ihre Bewohner als Familiengut besaßen, allmählig zu Weichbildgute machten. Das freie Gut außer den Städten blieb freies Gut, sofern es nicht an Klöster überging, welche es gewöhnlich mit Hörigen und zwar unter so beschränkenden Bedingungen besetzten, daß sich hauptsächlich daraus die spätere Leibeigenschaft entwickelte. Es würde zu weit führen, dieses hier durch Beispiele zu erläutern; das westfälische Urkundenbuch wird aber die Belege in großer Zahl dazu liefern.

Erst nachdem auf dem im Gutachten angegebenen Wege das bäuerliche und bürgerliche Gut steuerbar geworden, das in den Händen der Ministerialen befindliche aber, unter dem Vorwande der von diesen zu leistenden Kriegdienste steuerfrei geblieben war, stellte

Digitized by Google

sich allmählig der praktisch so wichtige Unterschied zwischen adeligem und nicht adeligem Gute heraus, und dieser Unterschied wurde gesetzlich sanktionirt und im Einzelnen festgestellt durch das Schatz-Kataster von 1655. Es darf hiernach angenommen werden, daß die adelige Gewohnheit der beiläufig 100 Jahre älteren Erblandvereinigung, sich weniger auf adeliges Gut in dem Sinne der späteren Zeit, als auf die Güter der Adeligen jener Zeit bezog. Es würde sonst die adelige Gewohnheit auch dann haben eintreten müssen, wenn das adelige Gut an Nichtadelige kam, welches aber nicht der Fall war.

Ob die Güter im Inlande oder Auslande gelegen waren? darüber entschied die Erblandvereinigung nichts sie konnte oder brauchte es dem Gesagten zufolge auch nicht. Ob die Gewohnheit sich blos auf Stammgüter bezog? davon sagt die Erblandvereinigung ebenfalls nichts. Dem Gesagten zufolge standen sich beide geschichtlich gleich. Es konnte über das Stammgut wie über das Erworbene sowohl inter vivos als mortis causa disponirt werden, sofern die betheiligten Familienglieder einwilligten und beziehungsweise eine solche Einwilligung noch nothwendig war. Kaufverträge ohne Zahl liefern hiezu die Belege; von letztwilligen Verfügungen soll hier nur der Fall erwähnt werden, daß Johann Diedrich von Holdinghausen zu Almen, als er 1671 seine Tochter Maria Elisabeth mit Wilhelm Rutger von Meschede vermählte, ihr „seinen Antheil und erbliches Contingent aller Almenschen Güter, Rechte und Gerechtigkeiten — inmaaßen er dieselben von Weiland seinem

Digitized by Google

(Groß) Oheim Herrn Mordian von Meschede per testamentum überkommen" — als Brautschatz mitgab.[8]) Mordian von Meschede war unvermählt, hatte aber zwei, gleichfalls unbeerbte Brüder und zwei Schwestern. Sein Vater Christoff und dessen Bruder Philipp hatten den Almenschen Antheil ihres Vaters Gerdt getheilt. — Erst in späterer Zeit bildete sich der Unterschied zwischen Stammgut und erworbenem Gute dahin aus, daß man unter jenem das von den Vorfahren ererbte, unter diesem das vom Erblasser selbst erworbene verstand und die in der Erblandvereinigung sämmtlichen Brüdern auf sämmtliche Güter offen gehaltenen gleichen Ansprüche, für die nachgebornen Söhne auf die erworbenen Güter beschränkte, das ererbte Stammgut aber, nach dem Beispiel regierender Häuser als untheilbares Familienfideicommiß dem Erstgebornen, dem sogenannten Stammhalter vindizirte.

Ob die oft gedachte Gewohnheit sich blos auf Immobilien oder die ganze Nachlaßmasse bezog? darüber spricht sich die Erblandvereinigung eben so wenig aus. Da indeß, dem Gesagten zufolge, nicht sowohl von adelichem Besitzthume, als von dem Besitze Adeliger die Rede war, so scheint die Annahme, daß die ganze Universitas Gegenstand der Gewohnheit war, die richtigere.

Hieraus ergiebt sich dann auch gewissermaaßen von selbst, daß der §. 8. der Erblandvereinigung nicht auf ausländische Adelige Anwendung fand, welche im

---

[8]) Runde Beiträge Bd. 2. S. 132.

Digitized by Google

Inlande Güter besaßen. Das Gesetz bezog sich nemlich zunächst auf adelige Besitzer, nicht auf adeligen Besitz; es konnte daher nur Inländer treffen und Ausländer wurden nur insofern davon mitbetroffen, als sie ihres hiesigen Besitzthums wegen für Inländer anzusehen waren. letzteres war aber nur in sehr beschränktem Maaße der Fall, weil in den rheinischen Kreisen [9]) und also auch im Herzogthum Westfalen der volle Landsassiat nicht galt und namentlich hier darum nicht wohl gelten konnte, weil das Herzogthum Westfalen kein ursprüngliches territorium clausum war, wie Brandenburg, Baiern und Oestreich, sondern aus Trümmern des großen Herzogthums Sachsen, durch allmähligen Erwerb einzelner Güter und Dynastengebiete zu einem eigenen Territorium, im späteren Sinne des Wortes erwuchs. Zwar konnten in der letzten Zeit auch ausländische Adelige, wenn sie ein inländisches adeliges Gut besaßen, davon den Landtag begehen; aber dann mußten sie erst besonders aufgeschworen werden. Auch war man weit entfernt, durch solche Aufschwörungen irgend einen besonderen Landsassiat begründen zu wollen. Es war dabei vielmehr häufig nur auf eine Theilnahme an den Landtagen oder gar nur auf eine Diätenspeculation abgesehen, wenn arme Ritter sich von bürgerlichen Besitzern adeliger Güter, letztere zum Schein verkaufen ließen, um auf dem Landtage erscheinen zu können.

Wenn aber auch demzufolge hiesige Güter eines

---

9) Pfeffinger ad Vitriarium T. 2. p. 960.

Digitized by Google

ausländischen Adeligen, als adelige Güter einer Singularsuccession nach der Erblandvereinigung nicht unterworfen waren, so wurden sie doch auf dem angegebenen Wege mit den übrigen adeligen Gütern nichts destoweniger untheilbar. Es bildete sich nemlich auch bei dem ausländischen Adel dieselbe adelige Gewohnheit wie bei dem hiesigen und durch die Vorzüge der Steuerfreiheit wurden sie von selbst in sich und gegen alle steuerpflichtige Güter abgeschlossen. Erbfolge brachte sie gewöhnlich an adelige Ausländer der Nachbarschaft und von diesen auch wieder an adelige Inländer zurück.

Mit allem diesem stimmt wieder die Erzstiftische Rechtsordnung, wie theils die schon ausgehobenen Paragraphen, theils folgende Stellen erweisen. Im §. 14. heißt es, wenn der verstorbene Vater auch außerhalb des Erzstifts in solchen Landen Güter besitze, wo der adelige Vortheil in Uebung sey, so solle der älteste Sohn sich desselben nur an einem Orte bedienen können, also wenn er ein ausländisches Gut antrete, die inländischen als Primogenitus nicht ansprechen dürfen, und §. 17. sagt, daß alle Bestimmungen der Rechtsordnung nur insofern Gültigkeit haben sollen, als die Eltern nicht anders letztwillig über ihre Güter verfügen würden.

4.

Aus diesen rechtlichen und geschichtlichen Entwickelungen folgt nun von selbst, daß eine sogenannte Regredienterbfolge, beim Erlöschen des Mannstammes einer adeligen Familie, im Herzogthum Westfalen nur dann statt findet, wenn sie ausdrücklich in Verzichtbriefen

Digitized by Google

vorbehalten worden. Mit anderen Worten, wenn der Mannstamm einer adeligen Familie ausstirbt, so fallen deren Stammgüter nicht an solche Weiber derselben, welche nach der Nähe des Grades ihrer Verwandschaft mit dem gemeinschaftlichen Stammvater, oder nach einem Vorzuge der Linie, wozu sie gehören, die Erbschaft in Anspruch nehmen könnten, sondern an die nächsten weiblichen Intestaterben, also zuerst an die Töchter (Erbtöchter) und dann an die entfernteren Spilmagen. Ob unter diesen aber wieder Primogenitur oder gleiche Erbrechte eintreten, muß danach beurtheilt werden, ob die adeligen Güter nach jetziger Gewohnheit, als unbedingt untheilbar anzusehen sind. Die Erblandvereinigung von 1590 verordnet für solchen Fall im §. 9. das Gegentheil; nemlich daß gemeines Recht eintreten solle. Die Rechtsordnung von 1663 sagt im Tit. 6. §. 16. zwar, daß, wenn keine Söhne vorhanden, es mit dem adeligen Vortheil unter den Töchtern gehalten werden soll, wie unter den Söhnen; allein theils hat diese Vorschrift bei uns keine Gesetzkraft, theils schließt der gedachte adelige Vortheil, dem vorhin Gesagten zufolge, noch keine Primogenitur, keine Untheilbarkeit des adeligen Guts, wie solche, dem Gutachten zufolge, vom Adel als Gewohnheit jetzt aufrecht erhalten zu werden pflegt, in sich.

5.

Es wäre hier wohl der Ort, auch noch etwas Ausführlicheres über die im Gutachten beiläufig erwähnte Lehnsucceſſion zu sagen. Allein diese Digreſſion würde ihres Umfanges wegen zu weit führen. Es sey

Digitized by Google

daher nur noch die Andeutung erlaubt, daß die Erbfolge in unseren Weiberlehen und die große Zahl dieser Lehen, wesentlich dazu beigetragen haben, die Erbfolge in den adeligen Gütern überhaupt so zu ordnen, wie sich dieselbe, den vorstehenden Entwickelungen zufolge, gestaltet hat. Dieses weiter auszuführen, wäre zum Gegenstande einer eigenen urkundlichen Abhandlung geeignet. *)

*) Wir hoffen, daß der Herr Verfasser zu einer solchen wichtigen Arbeit Muße finden werde.

Digitized by Google

XII.

Wie ist bei dem Erforderniß schriftlicher Verträge der Werth des Vertrags-Gegenstandes zu finden?

Rechtsfall, eingeleitet und erörtert
von
Sommer.

(A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 131.)

Eine der schwierigsten Lehren bleibt noch immer die von der Unverbindlichkeit nichtschriftlicher Verträge; diese hat zehnmal mehr Prozesse erregt, als die Nothwendigkeit schriftlicher Verträge nach der Intention des Gesetzgebers vom 8. Februar 1770 verhüten sollte. Wir verweisen rücksichtlich der bedeutendsten hier entstehenden Schwierigkeiten auf die Abhandlung des Herrn Dr. Arndts im I. Jahrgange S. 132—173. dieses Archivs.

Insbesondere ist es auch schwer, die Frage zu beantworten, wie der Ausdruck „dessen Gegenstand sich über fünfzig Thaler in Silber Courant beläuft" (A. L. R. I. 5. §. 131.) zu verstehen. Soll hier nämlich der mündlich verabredete oder der wirkliche Werth entscheiden? Nimmt man als die Absicht des Gesetzgebers an, bei wichtigen Sachen — was die über 50 Thlr. sind — das zuverlässige Beweismittel der Schrift zu haben, wie

Digitized by Google

aus dem Eingange der Verordnung vom 8. Febr. 1770 (S. 135. N Archiv Jahrg. 1.) allerdings hervorgeht, so wird der Zweck gewiß nicht erreicht, wenn die Zeugen über, viele Hunderte werthe, Gegenstände einen Preis von 49 Thaler als vereinigt angeben. Inzwischen ist es aber doch natürlicher, die von den Partheien selbst durch den Vertrag contradictorisch geschehene Abschätzung zum Grunde zu legen, oder vielmehr den Gegenstand des Vertrags in dem vereinigten Werthe zu erkennen. In Sachen des Schäfers Dickel zu Schillar Verklagten und Appellanten gegen Anton Runge zu Hallenberg hat das Hofgericht zu Arnsberg am 29. März 1833. entschieden, daß es auf den beim Vertrage bestimmten Werth ankomme.

Gründe.

„— — Eben so grundlos ist die zweite für die Appellations-Instanz vorgebrachte Behauptung des Verklagten und Appellanten, der Werth des Vertragsgegenstandes belaufe sich auf mehr als 50 Thaler und sey daher der Vertrag wegen Mangels der gesetzlichen Form resp. schriftlichen Abfassung, bei noch keinerseits geschehener Erfüllung, unverbindlich. Appellant hat in dieser Hinsicht auf Abschätzung durch einen Sachverständigen provozirt und beiläufig den auszumittelnden Werth der verkauften Schaafe auf 54 Thaler angesetzt. Es kann jedoch im vorliegenden Falle, wo ohne Rücksicht auf eine bestimmte Taxe blos nach einem vereinbarten Werthe contrahirt ist, nicht sowohl derjenige Werth, den die Schaafe in abstracto haben können, als vielmehr blos der Werth, der beim Abschlusse des Contractes bestimmt

Digitized by Google

und in Rücksicht dessen beiderseits contrahirt worden — in Anwendung kommen. Dadurch, daß beide Contrahenten den Werth der Schaafe zu 46 Thlr. 15 Sgr. annahmen, gaben sie zu erkennen, daß sie mit Rücksicht auf diese Werth-Bestimmungen kontrahiren und sich verbindlich machen wollten. Da nun diese Werth-Bestimmung dem Contracte beiderseits zu Grunde gelegt wurde, und der Vertrag wirklich zur Perfektion kam, so kann der Umstand, daß die Sache einen höhern Werth gehabt, keine Veranlassung geben, den zufolge des angenommenen Werths gültig abgeschlossenen Vertrag, wegen eines nach Perfection desselben zu ermittelnden höheren Werthes, und einer deßhalb erforderlichen Abfassung für unverbindlich zu erachten. Denn so wie die Contrahenten, wenn sie nur an sich dispositionsfähig sind, auf jede erlaubte Art über ihre Vermögensstücke gültig verfügen können, eben so können dieselben auch die Bedingungen und Bestimmungen, unter welchen ihre Dispositionen bestehen sollen, festsetzen. Nun war aber im vorliegenden Falle der Kaufpreis zu 46 Thlr. 15 Sgr. fixirt, und deßhalb nach den Gesetzen die schriftliche Errichtung des Vertrags nicht erforderlich. Ob nun die Schaafe einen höhern Werth gehabt, kann nichts erheben, da der Contract nach dem conventionellen Werthe keiner schriftlichen Abfassung bedurfte und es im allgemeinen bei Kaufverträgen auf das Verhältniß des Preises zum wahren Werthe der Sache nicht ankommt, wenn es nur den Partheien mit dem Preise Ernst und derselbe nicht etwa blos zum Scheine angenommen worden ist. Es ist dieses ein der Natur der Verträge und aller Rechtsanalogie angemessener Satz; das Gegentheil

Digitized by Google

würde die meisten Vertrags-Verhältnisse aufheben, und mit dem Prinzipe, daß die Rechtsbeständigkeit eines Vertrages nach den ausdrücklich und fehlerfrei erklärten Willensäußerungen der Contrahenten beurtheilt werden muß, in Widerspruch stehen. Hierzu kommt noch, daß bei einem Vertrage, wie dem vorliegenden, welcher eine bestimmte Stückzahl Schaafe zum Gegenstande hat, der Werth in abstracto schwer zu ermitteln, und sonach die vermuthliche Absicht der Contrahenten dahin ging, den etwa durch Mangelhaftigkeit des einen oder anderen Stückes für den Käufer zu befürchtenden Schaden durch Annahme eines Durchschnittspreises zu compensiren.

Ob das Gericht bei einem ganz offenbaren bedeutenden Mißverhältnisse des wirklichen und des nach der Zeugen Aussage vereinigten Werthes eben so erkannt haben würde, läßt sich mit Gewißheit nicht verbürgen. Inzwischen bleibt aber doch keine andere Entscheidung übrig, da der Gegenstand eines Vertrags, um bei den Worten des Gesetzes zu bleiben, sich nicht über 50 Thlr. belaufen kann, wenn er unter 50 Thaler vereinigt worden, und da Bestimmungen, welche erlauben, Treue und Glauben zu brechen, nur restriktiv interpretirt werden können. Nimmt man dies nun an, so entsteht die Frage, wie es bei denjenigen Verträgen zu halten, wo kein Geldwerth feststeht, z. B. Handlungen gegen Handlungen versprochen, Sachen gegen Sachen verkauft sind. Nach einer wörtlichen Auslegung des §. 131. A. L. R. I. 5. könnte man hier sagen, daß der Gegenstand des Ver-

Digitized by Google

trags sich nicht über 50 Thlr. in Silber-Courant belaufe, weil eine Geldleistung überhaupt nicht Gegenstand des Vertrags sey. Allein diese Auslegung wäre doch zu buchstäblich. Liegt keine ausdrückliche Schätzung des Vertrags-Gegenstandes durch die Partheien vor, so kann wohl nur der gewöhnliche Geldwerth als der beiderseits beabsichtigte Vertrags-Gegenstand unterstellt werden. Beim Tausch bestimmt der §. 364. A. L. R. I. 11. ausdrücklich, daß jeder rücksichtlich der gegebenen oder empfangenen Sache als Verkäufer oder Käufer zu betrachten, so wie nach §. 365. 366. zum Zweck der Ermittelung einer Verletzung der durch vereidete Sachverständige gefundene Werth als der Vertrags-Gegenstand betrachtet wird. So fordert der §. 877. I. 11. bei Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen einander versprochen werden, außer der wechselseitigen Einwilligung die gesetzmäßige Form, worunter wohl nur die Schriftlichkeit, je nachdem das Objekt dazu angethan, zu verstehen.

Allerdings führt es nun zu großen Schwierigkeiten, durch mitunter gewiß sehr weitläufige Abschätzungen zu ermitteln, ob der Vertrag überhaupt gültig sey. Und während hier vielleicht ein Niemand verletzender Vertrag blos, weil er einen über 50 Thlr. werthen Gegenstand betrifft, aufgehoben wird, kann auf der anderen Seite ein um viele Hunderte verletzender Vertrag nicht angefochten werden, weil die Contrahenten den Werth nicht über 50 Thlr. festgestellt haben. Ein ordentliches durchgehendes Prinzip läßt sich hier überall nicht entdecken, nur das Stempel-Interesse, welches durch die Nichtigkeit

Digitized by Google

ungeschriebener Verträge gesichert wird, und auch im Stempeledikt vom 13. Mai 1766 §. 2. zuerst die fragliche Gesetzgebung veranlaßte, kann vorgewaltet haben. Bei der Revision der Gesetzgebung ist daher auch wohl zu erwarten, daß man sich mehr dem französischen Prinzip — Mißtrauen auf Zeugenbeweis in wichtigen Dingen, wenn kein unterstützender Schriftbeweis vorhanden — nähern werde.

Digitized by Google

XIII.

Ob bei Stifts-Präbenden adlicher Familien ein Vorzug der älteren Linie vor der jüngeren anzunehmen?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(Allg. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 35.)

Es hat sich eine neue Rechtsquelle aufgethan, die Schiedssprüche der adeligen Standesgenossen nämlich, welche durch die Cab. Ordre vom 16. Januar 1836 für den Adel der Rheinlande rücksichtlich der Erbverhältnisse des Adels in Aussicht gegeben. Vor einigen Jahren hatte die von Wredesche Familie in Westphalen ein solches Schiedsgericht in den Statuten einer nach Eingehen der Stifter neu organisirten Stifts-Präbenden-Familienstiftung zur Entscheidung der Streitigkeiten über den Vorzug von über die Aufnahme streitenden Fräuleinen bestimmt. Die Mission der Schiedsmänner war: „Die Schiedsmänner entscheiden die Frage des Vorzugs, indem sie sich an die Stelle des Stifters denken, und bestimmen, welche Fräulein dieser vorgezogen haben würde.“ — Ein solches Schiedsgericht ward nun am 22. März 1836 zu Arnsberg gehegt, bestehend aus dem Grafen Dieterich v. Bocholz zu Alme, Kammerherrn Freiherrn von Hörde zu

Digitized by Google

Schwarzenraben und Freiherrn Clemens von Lilien-Borg zu Werl. Jede Linie der v. Wredeschen Familie hat eine Stiftspräbende. Bei den bekannten früheren Verhältnissen des westphälischen Adels hatte sich seit mehr als 100 Jahren keine dieser Linien verzweigt. Im jetzigen Jahrhundert hatten aber in der v. Wrede-Ameker Linie sich zwei Linien des erst- und zweitgebornen Sohnes gebildet, und deren Töchter stritten nun über den Vorzug bei Besetzung der erledigten Stiftspräbende. Der Fundator von 1684 hatte über einen solchen Fall gar nichts bestimmt. — Die Schiedsmänner entschieden nun — jedoch nur mit Stimmenmehrheit

daß in Erwägung, daß nach Recht und Herkommen des deutschen Adels der erstgebornen Linie bei solchen Präbenden der Vorzug gebühre, wenn keine besonderen, hier nicht vorliegenden, abändernden Bestimmungen vorhanden,

der Tochter der erstgebornen Linie der Vorzug im Genusse der jetzt vakannten Präbende der v. Wredeschen Familienstiftung zuzuerkennen.

Von Rechts Wegen.

Da sowohl nach gemeinem deutschen Privatrechte als nach dem allgemeinen Landrechte alle Primogenitur-Rechte nur Ausnahmen sind, für welche nicht vermuthet wird, so scheint hier ein gewisser Instinkt des Familien-Glanzes die Ausbildung eines Provinzial-Herkommens sofern man sich mit der Majorität der Schiedsmänner einigt, angebahnt zu haben.

Digitized by Google

XIV.

Die Statutarrechte des Herzogthums Westfalen.

Vom

Herrn Justiz-Amtmann J. S. Seibertz zu Brilon.

II. Amt Gesecke.

Das heutige Amt Gesecke besteht aus der Stadt und dem Gogerichte dieses Namens. Durch das in der Stadt bestandene Damenstift, ist der Name Gesecke schon in der frühesten westfälischen Geschichte bekannt. Es wurde 946 von dem Grafen Haold gestiftet und von den Ottonen mit vielen Privilegien beschenkt. Nach dem Tode des Grafen Haold schenkte Kaiser Heinrich II. den Comitat desselben, 1011 an die Paderbornsche Kirche, weshalb diese seitdem auch Ansprüche auf Gesecke machte. Die Abtissin Hildegunde, Enkelin des Grafen Haold und die letzte ihres Geschlechts, übertrug dagegen 1014 den Schutz des Stifts, dem Erzbischofe Heribert von Cöln, entließ ihren bisherigen Vogt Graf Sikko und übergab es an Liemo den Vogt des Erzbischofs, welcher Letzte die Privilegien desselben bestätigte und mit neuen vermehrte. Aus diesem Verhältnisse entwickelten

Digitized by Google

sich viele Streitigkeiten zwischen Köln und Paderborn, welche zuletzt durch einen Vertrag von 1294 dahin beigelegt wurden, daß Gesecke für immer mit dem Herzogthum Westfalen vereinigt blieb.

Wann Gesecke eigentliche Stadtrechte erworben, ist nicht bekannt. Es darf aber angenommen werden, daß es nicht später geschah, als bei den übrigen Hauptstädten des Herzogthums, nämlich der ersten Hälfte des 13ten Jahrhunderts. Eben so liegt keine Urkunde mehr darüber vor, mit welchem Mutterrechte die Stadt bewidmet worden; wahrscheinlich aber erhielt sie, wie so viele andere Städte des Landes, Rüdener Recht. Wenigstens ist sicher, daß sie sich dessen immer bediente. Es geht dieses hervor:

1) aus der, gegen 1350 angelegten Sammlung ihrer Weisthümer;
2) aus der in der Einleitung zum Rüdener Statutarrechte angeführten Urkunde von 1377;
3) aus der Praxis.

Wir wollen diese Quellen gleich näher betrachten, wenn wir erst noch Einiges über das Gogericht Gesecke bemerkt haben werden.

Dasselbe besteht aus den Landgemeinden, über welche die Familie von Hörde, als Inhaber der großen von der Familie v. Störmede herrührenden Freigrafschaft an der Lippe, eine besondere Hoheit behauptete, die jedoch der Erzbischof nicht anerkennen wollte. Die darüber bestandenen vieljährigen Streitigkeiten, wurden erst durch den Salentin'schen Regreß von 1577 beendigt, worin die von Hörde anerkannten, daß die Ortschaften Störmede, Mönninghausen, Benninghausen,

Digitized by Google

Eringhausen, Langeneicke, Ermsinghausen, Esbeck, Dedinghausen und Rixbeck lediglich zum Gogerichte Gesecke gehören sollten. In diesen Landgemeinden, welche bis dahin immer in einem gewissen hoheitlichen Gegensatze zu der Stadt gestanden hatten, hat deshalb das Statutarrecht der Letzten nie Eingang gefunden. Es hat in ihnen von jeher blos gemeines Recht gegolten und findet daher, das nun über die vorhin gedachten Quellen zu Sagende, auf sie keine Anwendung.

ad 1. Die Weisthümer der Stadt Gesecke über ihre Rechte, sind in einem Pergamen-Codex aus der Mitte des 14ten Jahrhunderts gesammelt; sie enthalten aber meist antiquirte Verwaltung- und Polizeivorschriften, wie aus folgender Inhaltanzeige hervorgeht. Zuerst steht auf 13 Blättern ein Kataster über alle einzelnen Hausstätten, dann folgt ein Verzeichniß der redditуum consulum oppidi Ghesike, hierauf sehr ausführliche und genaue Bestimmungen über Heergewette und Gerade, über die Quarta statutaria, mehre Gesetze über Luxus und Spiel, dann ein Verzeichniß der redditуum Gograviatus und endlich abwechselud eine Reihe von Urpheden und einzelnen statutarischen Willkühren, bis zur Mitte des 15ten Jahrhunderts. Wir wollen hier das Allerwichtigste ausheben:

1) Dat neste blot echt vnd recht zal vpboren dat herwede vnd de gherade. Weren auer man vnd wif like na zo zal de man vpboren dat herwede und dat wif de gherade. Also beschedeliken de eldeste zone in der wer. vnd de dochter in der wer.

2) Wert ok dat eynes mannes kindere al vte dar

Digitized by Google

wer beraden wereu zo zal de herwat vp den eldesten zone wellen vnd de gherade vp de eldesten dochter.

Nun folgen nähere Bestimmungen über die Art und Weise wie Heergewette und Gerade im Allgemeinen sowohl, als bei besonderen Gewerken, Schmieden, Schneidern, Schustern, Bäckern, Pelzern u. s. w. gewonnen werden sollen.

3) Den uerdendeyl heuelikes gudes zal men gheuen alsus. zo wär eyn wif beraden wirt van eren vronden, steruet dat wif ane kint, zo mot de man den verdendeyl seynes gudes gheuen eren nesten vrönden. ane hus vnd hof vnde eruetal.

4) Weret auer dat eyn wif eynen man hebbe ane kint uersteruet de man zo mot dat wif synen vronden den uerdendeyl eres gudes gheuen ane hus vnd hof vnd eruetal in disser wys als hirna gheschreuen steyt.

5) Wär versteruet in vnseme sclote eyme manne syn echte vrowe. wirt deme eyn gherade vorn af ghedeghedinghet vnd na de uerdedeyl synes gudes. Alsodann harnasch und gut als de man heuet dat to syme herwede horde efte he uersterue dar en darf he neynen verdendeyl afgheuen. Vortme heuet de vrowe ghehat mer cledere mer doke to erme behoue dan to deme radewande horet. vnd heuet sey ghehat gordele pater noster dar en darf he neynen verdendeyl afgheuen, u. s. w.

In ähnlicher Weise wird bestimmt, daß auch die Wittwe, wenn erst Heergewette und Gerade und dann die statutarische Quart des Guts von ihr gefordert werden, nicht verbunden sey, zu dieser Quart dasjenige zu conferiren, was ihr von den zum Heergewette und zur

Digitized by Google

Gerade gehörigen Sachen, nach Abfindung der dazu Berechtigten, übrig geblieben sey.

Ferner wird angegeben, nach welchem Verhältniß die beiderseitigen Intestaterben die statutarische Quart, so wie die Erbetal sollen in Anspruch nehmen können; da diese Bestimmungen mit den gemeinrechtlichen zusammenfallen, so ist nicht nöthig, sie besonders herauszuheben.

Aus diesen Bestimmungen geht ganz im Einverständnisse mit demjenigen, was wir früher über die Rüdener Gütergemeinschaft gesagt haben, Folgendes hervor:

A. in Gesecke besteht allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten.

B. Heergewette und Gerade fallen auf das nächste gesippte Blut; sind männliche und weibliche Erben gleich nahe (Brüder und Schwestern einer Ehe) so hebt der älteste Sohn, welcher noch in der Were (unabgefunden im Hause) ist, das Heergewette, die älteste Tochter in der Were, die Gerade. Nur dann, wenn alle Kinder ausberaden sind, entscheidet unbedingt das Alter. Abgefundene (nicht blos ausgestattete) Kinder, haben also keine Erbansprüche mehr.

C. Stirbt ein Ehegatte kinderlos, so ist der überlebende verbunden, den nächsten Verwandten des Verstorbenen 1/4 seines ganzen Gutes herauszugeben, ausgenommen Haus, Hof und Erbetal.

Es fiel also damals auch in Gesecke nur eigentliches Weichbildgut in die Gütergemeinschaftmasse; eigentliches Erbgut dagegen, blieb als Familiengut davon ausgeschlossen und wurde so lange blos an die blutverwandten Intestaterben vererbt, bis der städtische Verkehr alles

Digitized by Google

Gut in Weichbildgut verwandelte. Dieses hielt in Gesecke freilich schwerer als in anderen Städten, weil dem Stifte daselbst ein großer Theil des Grundvermögens als Grundherrn eigenthümlich gehörte und die Bürger solches nur nach Erbmeyerrechte von ihm besaßen. Es fanden deshalb viele Weiterungen zwischen dem Stifte und seinen städtischen Meyern, deren sich Bürgermeister und Rath eifrig annahmen, statt, so daß Churfürst Ernst durch einen Rezeß vom 19. August 1604 die Sache in Güte schlichten und nachmals ausdrücklich festsetzen mußte, die städtischen Meyergüter des Stifts sollten, obgleich erblich und unversteigbar in der Pacht, nicht als veräußerlich oder theilbar angesehen werden. Die Zeit hat aber auch diesen Anstoß allmählig gehoben; nur die Immunität des Stifthofes selbst, hat sich von der allgemeinen Gütergemeinschaft fortwährend isolirt.

ad 2. Die Urkunde vom 31. Juli 1377 ist auf Erfordern Erzbischof Friedrichs III. vor Notar und Zeugen im Schlosse zu Arnsberg von dem Richter und den Bürgermeistern von Rüden dahin ausgestellt: quod à sententiis judicis proconsulum et consulum opidi in Geseke appellari possit et debeat ad judicium opidi in Ruden, quodque opidum et opidani in Geseke predicti, universaliter et singulariter in causis hujusmodi appellationum sequi tenentur forum et judicium judicis proconsulum et consulum opidi in Ruden et sententias super huiusmodi appellationibus ab ipsis judice proconsulibus et consulibus in Ruden tanquam capite eorum immediato, sicuti alia

Digitized by Google

opida parva terre Westfalie predicta faciunt, recipere ac illis in omnibus stare et parere.

Rüden war also für Gesecke Stadt des Mutterrechts, an welche eben deshalb die Appellationen giengen und von welcher in schwierigen Fällen Rechtfindungen verlangt wurden, gleichwie dieses für viele Städte Westfalens und namentlich auch für Werl der Fall war. Das Rüdener Stadt-Archiv bewahrt dazu noch eine Menge von Belegen.

ad 3. Die Praxis spricht ebenfalls dafür, daß in der Stadt Gesecke immer das Rüdener Statutarrecht zur Anwendung gekommen ist. Im Allgemeinen können wir daher, hinsichtlich der in Gesecke geltenden statutarrechtlichen Bestimmungen auf dasjenige verweisen, was über das Amt Rüden gesagt ist; denn außer der Gütergemeinschaft ist von dem alten Statutarrechte nichts in Uebung geblieben und mit geringer Ausnahme, ist die Praxis hinsichtlich der Gütergemeinschaft an beiden Ortrn gleich. Auch darin haben beide Orte gleiche Erfahrung gemacht, daß die unbestrittensten Sätze der alten Praxis, seit Einführung des preußischen Rechts, durch Regreßbesorgnisse der fremden Hülfrichter in Zweifel gezogen und dadurch Prozesse erweckt worden sind, an welche früher Niemand gedacht hätte. Zwei der namhaftesten Prozesse dieser Art sind folgende:

a) in Sachen Wittwe Höker zu Rüden gegen Musicus Werner Soistmann zu Gesecke wurde durch ein Erkenntniß des Justizamts vom 20. August 1832 anerkannt, daß der Ehemann ohne Consens seiner Frau,

Digitized by Google

Immobilien nicht veräußern könne. Auf den Grund dessen wurde

b) in Sachen Erben Kleine gegen Wilhelm Wernze zu Gesecke weiter behauptet, auch der überlebende Ehegatte, welcher mit den Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt, könne ohne Beitritt und Genehmigung der letzten, über Immobilien nicht frei verfügen. Die letzte Sache wurde zu Gesecke zu Gunsten der Dispositionbefugniß des überlebenden Gatten, im Wege des summarischen Prozesses entschieden; indeß appellirten die Kläger und das damalige Königl. Hofgericht zu Arnsberg verordnete unterm 22. Mai 1834 eine nachträgliche Instruction im Wege des ordentlichen Prozesses über die Frage: ob der überlebende Ehegatte, während der Communio bonorum prorogata, allein über das gemeinschaftliche Vermögen disponiren und namentlich Immobilien veräußern könne?

Diese, von dem Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Meyer geführte Instruction stellte aber nur noch klarer heraus, daß in erster Instanz ganz richtig entschieden war. Es bekundeten nicht allein fünf Zeugen, daß der überlebende Ehegatte von jeher unbedingte Dispositionbefugniß über das ganze Vermögen so lange gehabt, bis er entweder gestorben oder zur ferneren Ehe geschritten sey, so daß man bis zu dem Eintreten eines solchen Falles, vor Einführung des preußischen Rechts, auch nicht einmal eine Vormundschaft angeordnet habe, sondern ein Zeuge: Herr Justizamtmann Schlinckert bekundete auch noch bestimmter, daß bis zum Jahre 1825 die unbedingte Dispositionbefugniß des überlebenden Gatten, eben

Digitized by Google

so wenig bezweifelt worden sey, als andere statutarrechtliche Satzungen wie z. B. die alleinige Dispositionsbefugniß des Mannes während der Ehe. Erst die von dem Königl. Hofgerichte, gegen das bisherige Herkommen, von der überlebenden Witwe erforderte Einreichung eines Inventars und die Anordnung eines Vormundes, so wie das Bestreben der nach Gesecke geschickten fremden Hülfrichter, sich durch Festhalten am geschriebenen Rechte gegen die eingebildete Möglichkeit einer Regreßverbindlichkeit zu sichern, habe ein Schwanken in die bis dahin uniforme Praxis gebracht, so daß bei der Aufnahme von Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit oder letztwilliger Verordnungen überlebenden Gatten, bald angenommen wurde, daß ihnen Dispositionbefugniß fehle, bald im Vorhalt über den Zweifel an jener ein Sicherungmittel des Deputirten gegen den Regreß gesucht, bald aber auch die Dispositionbefugniß in ihrem alten Umfange anerkannt wurde. Unter dem Einflusse so wechselnder Ansichten, sey dann auch das singuläre Erkenntniß, in Sachen Witwe Höker gegen Soistmann abgefaßt.

Zu dieser Deposition überreichte Herr Schlinckert ein Verzeichniß von 55 verschiedenen Fällen aus den Jahren 1804 bis 1825, welche sämmtlich die unbedingte Dispositionbefugniß des überlebenden Gatten, über das gesammte in der provogirten Communion befindliche Vermögen entweder durch Verkaufen, Vertauschen an fremde Personen oder durch Uebertragung an eins oder mehre Kinder oder durch Verordnungen von Todeswegen unter denselben, unwidersprechlich darthun.

Dem gemäß ist dann auch in zweiter Instanz wieder

Digitized by Google

erkannt und so die alte Gleichförmigkeit zwischen der Gesecker und Rüdener Praxis wieder hergestellt worden. Von Abweichungen zwischen beiden, sind dem Verfasser bisher folgende bekannt worden.

1) Nach §. 7. (am Ende) unserer Darstellung tritt statutarische Gütergemeinschaft bei allen Eheleuten ein, welche in Rüden ihr Domizil nehmen, sie mögen einen eximirten Gerichtstand haben oder nicht. Zu Gesecke hat man in neuerer Zeit annehmen wollen, daß sie unter Eximirten nicht ipso jure Platz greife.

2) Die Rüdener Praxis gestattet dem überlebenden Ehegatten, wenn er wegen Wiederverheirathung, Schicht- und Theilung mit den ersten Ehekindern gehalten hat, gewöhnlich und auf unbestimmte Zeit den Genuß des Vermögens der abgeschichteten Kinder, gegen die Verbindlichkeit ihrer Alimentation. (§. 24. Nr. 4.) Die Gesecker Praxis setzt die Dauer dieses Verhältnisses, bestimmt bis nach zurückgelegtem sechszehnten Jahre der Kinder fest; bis wohin letztere keinen Anspruch auf Ausantwortung ihrer Kindtheile und bis weiter hinaus die überlebenden Gatten keinen Anspruch auf die Benutzung des Vermögens ihrer abgeschichteten Kinder haben.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

XV.

Ueber Provinzial-Rechte,

vom

Herrn Land- und Stadt-Gerichts-Direktor **Welt** in Dorsten.

(Publ. Patent vom 9. Sept. 1814. §. 2.)

I.

Als das französische Gesetzbuch in Gefolge der Staatsumwälzungen auf deutschen Boden verpflanzt war, wurde die Frage, ob unter dem neu aufgegangenen Code Napoleon alle früheren Gesetze in Masse untergegangen seyen, allgemein angeregt, jedoch verschieden beantwortet. Einige behaupteten, daß nach dem Art. 7. des Gesetzes vom 30. Ventose des Jahres 12, wodurch die Vereinigung der in verschienen Titeln und Zeitabschnitten, promulgirten neuern Gesetze in ein bürgerliches Gesetzbuch erfolgte, in denjenigen Materien, worüber der Code nicht verfügt hätte, die alten Gesetze noch gelten müßten, während Andere mit besonderer Rücksicht auf die jenem Artikel vorhergegangenen Diskussionen des Staatsraths und vielleicht nicht mit Unrecht, die entgegengesetzte Ansicht verfochten. Der §. 2. des Einführungs-Patents des Allg. Landrechts vom 9. Sept. 1814 trat indessen der erstern Ansicht bei, indem er feststellt, daß es bei denjenigen Provinzialgesetzen, welche deshalb, weil sich in den bisherigen Gesetzen keine Vorschriften finden, als fortdauernd beibehalten worden, sein Bewenden behalten soll. Wichtig ist demnach immer die Frage geworden, was dann eigentlich

Digitized by Google

unter Provinzialgesetzen zu verstehen sey, und wie weit die Bestimmung jenes §. des Einführungs-Patents eingeschränkt oder ausgedehnt werden muß.

Bei Feststellung des Begriffes „Provinzialrechte“ dienen die allgemeinen Grundsätze über den Wirkungskreis der Gesetze und die Geschichte unserer Gesetzgebung selbst als leitende Anhaltspunkte. Abgesehen von der Wirkung der Gesetze in Rücksicht der Zeit, wo auf dem Gebiete der Zukunft die Wirksamkeit der gesetzgebenden und auf dem Gebiete der Vergangenheit die Wirksamkeit der richterlichen Gewalt ruht, ist die Wirkung des Gesetzes im Raume entweder bis auf die physischen Gränzen des ganzen Staats ausgedehnt oder auf einzelne Territorien beschränkt. In letzterer Hinsicht kommt die territoriale Gültigkeit des Gesetzes zur Sprache. Auf diese wirkt indessen die Ausdehnung und Beschränkung der Gränzen des Staats ein. Was sich im vorigen Jahrhunderte noch als ein ganzer für sich bestehender Staat darstellte, sinkt in der folgenden Epoche durch Kriege und andere Verhängnisse zu einer bloßen Provinz eines größeren Staates herab, und so könnte vielleicht ein Gesetz, was früher als allgemeines Gesetz eines Staates galt, schon deshalb gegenwärtig nur als ein provinzielles erscheinen. Es ist aber wohl nicht zu bezweifeln, daß bei der uns vorliegenden Frage zu dieser letztern Ausdehnung nicht übergegangen werden kann, sondern daß nur die früheren Verhältnisse berücksichtigt werden dürfen, so daß mithin ein Gesetz, was seiner territorialen Gültigkeit nach früher als ein allgemeines Landesgesetz anerkannt wurde, gegenwärtig deshalb nicht mehr fortdauern kann, weil etwa

Digitized by Google

die Bestandtheile des früheren Staats jetzt blos Provinzen eines größern Reichs ausmachen. Wenn es auch in dem Einführungs-Patente des Allg. Landrechts vom 5. Febr. 1794 §. III. heißt:

> die in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen Provinzialgesetze und Statuten behalten ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit,

so darf hieraus kein Moment für eine entgegenstehende Ansicht genommen werden. Damals konnte der Begriff, „Provinzialrechte seyen die in den einzelnen Provinzen geltenden Partikularrechte," genügen, weil damals das Allg. Landrecht nur als subsidiarisches Recht gelten sollte; allein in den unter der Fremdherrschaft gestandenen neu aquirirten oder wieder erworbenen Landestheilen waren die Partikularrechte wenigstens dann, wenn ihr Gegenstand in dem allgemeinen fremdherrlichen Gesetzbuche berührt war, untergegangen, und es sollte daher das Landrecht an die Stelle aller vorher bestandenen Landesgesetze treten. Bielitz Zusätze §. 1. rechnet daher in denjenigen Landestheilen, worin das Allg. Landrecht seit 1814 Gültigkeit erhalten hat, zu den Provinzialgesetzen nur diejenigen, welche gleich Anfangs blos für einzelne Distrikte gegeben, und folglich damals schon als Provinzialgesetze zu betrachten gewesen sind. Diese Ansicht wird auch durch die ganze Fassung des mehr gedachten Patents über Einführung des Allg. Landrechts bestätigt, indem es heißt: die in einzelnen Provinzen und Orten bestandenen besonderen Rechte ꝛc. sollen ꝛc. ... zur Anwendung kommen. Wenn man indessen hiernach auch berechtigt ist, dasjenige Gesetz, was zur Zeit, als es erschien, seiner territorialen Gültigkeit

Digitized by Google

nach ein allgemeines Landesgesetz war, nicht zu den Provinzialgesetzen im Sinne des Einführungspatents des Landrechts vom 9. Sept. 1814 zu rechnen, so reicht man doch hiermit nicht aus. Denn es kann, wenn man von dem Wirkungskreise des Gesetzes im Raume zu dem Inhalte des Gesetzes selbst übergeht, zutreffen, daß manches Gesetz im territorialen Sinne zu den allgemeinen gerechnet, doch deshalb als provinzielles erscheint, weil es sich auf noch bestehende Institute bezieht, welche keinen Gegenstand der preußischen allgemeinen Gesetzgebung ausmachen. Vergl. v. Kamptz Jahrbücher 78. Heft Seite 354 und die Abhandlung Seite 324. Es kann ferner, wenn auch das Gesetz nur für einzelne Distrikte gegeben ist, dasselbe seinem Inhalte nach nur auf Feststellung gemeinrechtlicher jedoch zweifelhafter Bestimmungen gerichtet und deshalb seinem Inhalte nach nicht mehr aufrecht zu erhalten seyn. Es folgt ferner aus der Bestimmung des Einführungspatents des Allg. Landrechts §. 16., wornach bei Verbrechen die Vorschriften des letztern allgemein eintreten sollen, daß die Wirksamkeit der Provinzialgesetze über das Kriminalrecht sich nicht erstreckt. Eben so wenig kann es zweifelhaft seyn, daß die rein staatsrechtlichen so wie administrativen Vorschriften ausscheiden. Alle Bestimmungen, deren Grundcharakter darin besteht, daß sie den Staat als Staat darstellen, sie mögen sich auf Regierung oder auf die Verwaltung beziehen, mithin alle gesetzliche Bestimmungen, welche entweder die Form zum Gegenstande haben, in welcher das Oberhaupt des Staats nach den grundgesetzlichen Bestimmungen die zur allgemeinen Sicherheit erforderlichen Anstalten treffen läßt,

Digitized by Google

(Regierung) oder welche die Art und Weise betreffen, wie die Ausübung dieser Anstalten im ganzen Umfange des Staats gesichert wird, (Verwaltung) gehören schon ihrer Natur nach nicht weiter zum Provinzialrecht.

II.

Schwieriger ist das Verhältniß zu den Polizeigesetzen. Sicherung des rechtlichen Zustandes im Staate gegen Störungen, die entweder durch Natur oder Freiheit und im letztern Falle durch Eigennutz oder sonstige Leidenschaften herbeigeführt werden können, ist Pflicht der höchsten Staatsgewalt. Alle diese Störungen soll die Staatsgewalt abwenden oder, wenn sie geschehen sind, aufzuheben suchen. Zeigt sich die Staatsgewalt in ersterer Hinsicht als Polizei, so handelt sie im zweiten Falle als Justiz. Es verhalten sich demnach Polizei und Justiz, wie Möglichkeit und Wirklichkeit; allein es ist nicht zu verkennen, daß, da es gegen Störungen durch Freiheit, Justiz und Polizeianstalten gibt, und da nach dem Allg. L. R. II. 17. §. 11., Untersuchung und Bestrafung schon übertretener Polizeigesetze der Polizeigerichtsbarkeit überwiesen worden, die Grenzlinie zwischen Polizei und Justiz sehr schwankend ist. Selbst bürgerliche Rechtshändel sind den Polizeibehörden überwiesen, wie z. B. Streitigkeiten in Gesindesachen über An- und Austritt aus der Dienstzeit. Das Allg L. R. §. 16. l. c. behält überhaupt die Bestimmung der Gränzen zwischen Polizei- und der peinlichen so wie der bürgerlichen Gerichtsbarkeit den Provinzialgesetzen und besondern Polizei-Ordnungen bevor. Allein, wenn schon die Kabinetsordre vom 22. Aug. 1798 (Rabe 5 Bd. S. 188) bestimmt,

Digitized by Google

daß es nicht Zweck der Provinzialgesetzbücher sey, alle Abweichungen des Allg. Landrechts von den in jeder Provinz befolgten Gesetzen aufzuzeichnen; daß vielmehr nur die Aufnahme solcher einzelnen Vorschriften der bisherigen Gesetze und Statuten gestattet werden solle, wovon der Nutzen oder die Nothwendigkeit der Beibehaltung aus den individuellen Verhältnissen der Provinz nachgewiesen werden; so darf nicht vermuthet werden, daß die preuß. Gesetzgebung bei dem §. 2. des Patents vom 9. Sept. 1814 unter dem Ausdrucke: Provinzialrechte und Gewohnheiten, das ganze Heer der alten Feuer-, Busch- und Wege- und Polizeiordnungen habe aufrecht erhalten wollen. Man muß sich demnach in dieser Hinsicht eher für eine einschränkende als ausdehnende Interpretation entscheiden. Es tritt ferner hinzu, daß, so wie im §. 1. des Patents vom 9. Sept. 1814 nur von Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten die Rede ist, der §. 2. hiermit in Verbindung gelesen zu der Ansicht führt, daß zunächst nur für eigentliche Justizsachen die Partikulargesetze aufrecht erhalten werden sollten. Betrachtet man die Polizeigewalt von der Seite des besondern Schutzes, unter welchen der Staat diejenigen Personen stellt, welche Rechte zu verwalten unfähig sind, mithin mit Rücksicht auf das Recht der Vormundschaft, so finden wir in dem Ministerialreskript vom 1. März 1833 (Jahrbücher 81. Heft Seite 218) den Grundsatz ausgesprochen, daß dasjenige, was die allgemeine Vormundschaftsordnung festsetzt, durch Bestimmungen von provinziellen Verordnungen nicht abgeändert worden. Betrachtet man die Staatspolizei von ihrer andern Seite,

Digitized by Google

so finden wir, daß Gesetze der eigentlichen Sicherheitspolizei ihrem Zwecke nach darauf berechnet sind, entweder die Ausführung der Verbrechen zu erschweren, und die Entdeckung zu erleichtern; oder sie verbieten einzelne Handlungen, welche, ohne Rechtsverletzungen zu seyn, doch die Sicherung der Rechte selbst gefährden; sie fallen daher unter den Gesichtspunkt, daß der Staat nur von dem Standpunkte des allgemeinen Interesse des Ganzen ausgehend durch sie unmittelbar auf Staatszwecke einwirkt. Die Aufrechthaltung der alten Polizeigesetze unter dem Titel als Provinzialgesetze würde den Staat leicht in die Lage bringen, daß er bei den ihm zur Erreichung seines Zweckes dienlich scheinenden Maßregeln mit den ältern Verordnungen in Kollision und mit sich in Widerspruch geriethe. Die Polizeiverordnungen sind ferner mittelbar gegen Verbrechen gerichtet und können daher nach dem §. 16 des Patents über die Einführung des Allg. Landrechts nicht bestehen, es sey dann, daß das Strafgesetz selbst auf die Provinzialgesetze hinweiset.

III.

Endlich werden wir auf Einschränkungen der Freiheit der Disposition über das Eigenthum geführt. Der Code Napoleon erwähnt derselben im Art. 544. Indessen kann man nicht annehmen, daß durch den Zusatz:

„Vorausgesetzt, daß man nur keinen durch Gesetze oder „Verordnungen untersagten Gebrauch davon mache,“

alle alte Verordnungen unbedingt aufrecht erhalten worden seyen, insofern sie eine Einschränkung des Eigenthums enthalten. Eine Bezugnahme auf die alten Reglements ist hierin nicht enthalten, und wollte man

Digitized by Google

dies auch zugeben, so ist deshalb doch nicht jedes privatrechtliche Verhältniß der Einzelnen bezielt, sondern der Fall bedingt, wo das ministère public einschreiten könnte. Man wollte durch jenen Zusatz nur die rechtliche Möglichkeit der Einschränkung des in dem Anfange des Art. 544. aufgestellten Prinzips der Freiheit des Eigenthums durch das Regierungsrecht aussprechen. Wenn demnach die gegenwärtige Regierung, wie dieses sich insbesondere bei den Landeskultur-Edikten zeigt, von einer andern Ansicht ausgehend, Einschränkungen des Eigenthums, die früherhin bestanden, aufhebt, so können dieselben auf den Grund früherer provinzialrechtlicher Verordnungen nicht geltend gemacht werden. Daß auch der Code Napoleon durch den Art. 544. nicht alle alte Verordnungen habe aufrecht erhalten wollen, geht auch daraus hervor, daß er dort, wo er die alten Verordnungen bezielt, z. B. bei den Dienstbarkeiten zum allgemeinen Besten, hierauf ausdrücklich Bezug nimmt. So heißt es Art 671:

„Man darf hochstämmige Bäume nur in der Entfer„nung pflanzen, welche durch die besondern wirklich „bestehenden oder durch beständige und anerkannte Ge„bräuche festgesetzt ist.“

Eben deshalb gehören, seitdem durch das Kulturedikt dem Privateigenthümer die willkürliche Benutzung seines Forstes, wenn nicht Rechte Dritter verletzt werden, überlassen ist, Wald-Devastationen zum Privatrechte und nicht mehr zur Forstpolizei. Die Verpflichtungen des Forstbesitzers gegen den Staat und die Gesellschaft (Forstpolizei) haben sich völlig geändert, und nur Eingriffe

Digitized by Google

Seitens Dritter in das Eigenthum und Konflikte zwischen Forstbesitzer und Berechtigten sind geblieben. Conferatur die preußische Gesetzgebung in Forstsachen von D. Pfeil in Gans Beiträgen zur Revision der preußischen Gesetzgebung. Beibehaltene Provinzialgesetze sind demnach für Westfalen nur solche durch die französische Gesetzgebung nicht derogirte Verordnungen, welche (in so fern nicht etwa von besondern noch bestehenden Instituten die Rede ist, die keinen Gegenstand unserer allgemeinen Gesetzgebung ausmachen) schon ursprünglich bei ihrem Erscheinen, ohne jedoch bloße Feststellung gemeinrechtlich zweifelhafter Bestimmungen zu bezwecken, nur für bestimmte Distrikte erlassen waren, und sich weder auf Verfassung, Regierung oder Verwaltung beziehen, noch zu den Maaßregeln der Sicherheitspolizei gehören, insofern nicht ausnahmsweise die gegenwärtige Gesetzgebung sie ausdrücklich in Bezug nimmt.

IV.

Wendet man diesen Begriff auf die älteren Verordnungen an, wie sie in den Sammlungen der Provinzialrechte der westfälischen Provinzen häufig wieder auftauchen, so dürfte der größte Theil derselben aus dem Bereiche der noch geltenden Gesetze völlig ausscheiden. Ebenso dürfte eine Menge der das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß betreffenden Bestimmungen aus dem Kreise des Provinzialrechts völlig auszuweisen seyn. Sie sind gewiß schätzbare Antiquitäten für den erkennenden Richter, dessen Wirkungskreis auf der Vergangenheit ruht; allein weitere Bedeutung für das Provinzialrecht haben sie nicht. Auf diese Weise bleibt demnach durchschnittlich nur das eheliche Güterrecht übrig, insofern dies eine eheliche Gütergemeinschaft involvirt, welche durch die Allerhöchste Verordnung vom 8. Jan. 1816 wiederhergestellt worden. Die fernere Frage, ob es zweckmäßig war, alle diese Institute der Gütergemeinschaft wieder einzuführen, wie sie sich in den buntesten Schattirungen und den größten Mannigfaltigkeiten in alter Zeit ausgebildet hatten, möge dahin gestellt bleiben. Wichtig oder bei dem jetzigen Stande der Gesetzgebung wenigstens nützlicher dürfte es seyn, in die

Digitized by Google

Untersuchung einzugehen, ob wenn nicht eine Aufhebung doch eine Verschmelzung zu einem Ganzen für die Provinz Westfalen auch hier eben so leicht als nothwendig sey. Grade für diese Frage sind die Sammlungen der Provinzialrechte von der größten Wichtigkeit, und Mit- und Nachwelt wird das Andenken des um die Förderung dieser Sammlungen und um die Bearbeitung der Provinzialrechte in der ganzen Monarchie hochverdienten Mannes segnen, weil ohne dies die Verschmelzung in ein Ganzes reine Unmöglichkeit für die Gesetzgebung bleiben würde. Von großem Interesse dürfte es daher seyn, die sämmtlichen Eherechte Westfalens insofern sie auf Gütergemeinschaft sich beziehen, in ihren Hauptzügen neben einander zu stellen, um die gemeinschaftlichen Grundzüge zu ermitteln, und hierauf ein neues Ganze bauen zu können.*) Ein Grundcharakter läuft so wie durch die Nation so auch gewiß durch die westfälischen ehelichen Güterrechte. Es bedarf diesen aufrecht zu erhalten, um das Recht auf Selbstständigkeit insofern beizubehalten, als diese zum Leben des Ganzen beiträgt. Sollten sich auch wirklich einige gänzliche Abweichungen finden, so sind die Distrikte, wo sie vorkommen, zu unbedeutend in Rücksicht zum Ganzen, um nicht diese Abweichungen, welche zudem für diese Distrikte in der Regel keinen historischen Boden haben, völlig ausscheiden zu lassen. Um so weniger dürfte hiezu Anstand genommen werden, als ohnehin durch die zu erwartende bäuerliche Sukzessionsordnung in Westfalen schon eine große Masse einem besondern Rechtsverhältnisse für den Hauptbestandtheil seines Besitzthums entgegengeht, und der Rest der gewerblicher Thätigkeit sich widmenden Bevölkerung gewiß Einheit in den ehelichen Güterverhältnissen wünschen muß, da das mit jedem Distrikte sich ändernde Güterrecht sich dem Kaufmann auf Reisen wie ein böser Geist zugesellt, der ihn in jedem Orte mit der Frage heimsucht, ob er auch hier so gut wie in der Heimath dem überlebenden Ehegatten ohne Gefahr Kredit geben dürfe.

*) Bekanntlich hat die für das Hammer Ober-Landesgerichts-Departement kürzlich bestandene Commission zur Berathung der Provinzialgesetze sich für die Adoption der landrechtlichen Gütergemeinschaft entschieden. A. d. R.

Digitized by Google

XVI.

Ueber Nichtigkeits-Beschwerden.

Ein Rechtsfall. *)

(Verordn. vom 14. Decbr. 1833. §. 11. 12. 21.)

Der §. 12. des Gesetzes vom 14. December 1833 bestimmt:

> Ist die Nichtigkeitsbeschwerde unvollständig, so wird ein nicht über vierzehn Tage hinauszusetzender Termin zur Vervollständigung derselben anberaumt.

Mitunter hat diese Bestimmung zu der Ansicht verleitet, als bedürfe es, um sich das Rechtsmittel zu sichern, nur einer allgemeinen Anmeldung desselben innerhalb der sechswöchentlichen Frist, und werde es die Aufgabe des in Gemäßheit des vorstehenden §. anzuberaumenden Termins seyn, die Beschwerden herauszuheben und zu begründen. Die breiten Vorschriften der Prozeßordnung über die Anmeldung der Rechtsmittel der Appellation und Revision und Einziehung der betreffenden Berichte und die in der Praxis häufig eingeschlichene noch larere Anwendung jener Vorschriften mögen viel beigetragen haben, jene Ansicht zu Tage zu fördern, besonders dann, wenn der Anwalt oder Richter sich noch nicht an die schärfere Fassung der Gesetze gewöhnt hat, welche in den neuerern Verordnungen gegen die ältern Prozeßordnungen zum unbestreitbaren Heile der Rechtspflege vorherrscht. Das Irrige jener Ansicht ergibt sich indessen bei genauerer Prüfung des Gesetzes

*) Aus dem Gerichtsbezirk Dorsten mitgetheilt.

Digitized by Google

von selbst. Denn nach dem §. 16. darf die Entscheidung nur über die angebenen Beschwerdepunkte erfolgen, und nach dem §. 11. muß die Nichtigkeitsbeschwerde die bestimmte Angabe der Beschwerdepunkte, deren Beweismittel und des Gesetzes, dessen Nichtbeachtung oder unrichtige Anwendung behauptet wird, enthalten. Es gehört daher diese bestimmte Angabe zu den wesentlichen Erfordernissen jener Beschwerde, deren Nachtragung über die bestimmte sechswöchentliche Frist hinaus nicht zulässig ist, indem der §. 21. des Gesetzes jede Verlängerung dieser Frist ausdrücklich verbietet. Sind die wesentlichen Erfordernisse der Beschwerden, wozu nach dem §. 11. des Gesetzes

a) bestimmte Angabe der sämmtlichen Beschwerdepunkte,

b) bestimmte Angabe des Gesetzes, dessen Nichtbeachtung oder unrichtige Anwendung behauptet wird,

c) bestimmter Antrag

gehört, beachtet; ist indessen etwa wegen Mangels an Deutlichkeit und Bestimmtheit der Fassung eine nähere Vervollständigung nöthig, so kann diese letztere in Gemäßheit des §. 12. des Gesetzes nachgeholt werden; allein keines jener nothwendigen Requisite kann nach Ablauf des Fatale noch nachgetragen werden. Es kann daher, da nach Nr. 10. §. 5. des Gesetzes zu den Verletzungen der wesentlichen Prozeßvorschriften es gehört, wenn eine Thatsache, welche eine entgegesetzte Entscheidung begründen würde, übersehen ist, obschon sie mit Angabe der Beweismittel unterstützt war, nicht zweifelhaft seyn, daß diese Thatsachen in der Nichtigkeitsbeschwerde vollständig angegeben seyn müssen, nicht aber erst in dem spätern Termine nachgetragen werden können. Diese Vorschrift macht demnach Vorsicht bei Einlegung des Rechtsmittels nöthig, und deßhalb mag nachstehender Rechtsfall hier eine Stelle finden. In der Sache Idelmann gegen Schröer hatte der Implorant grade am Tage vor Ablauf des Fatale seine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Appellationserkenntniß aus dem Grunde angebracht, weil

Digitized by Google

mehrere Thatsachen, welche ein anderes Resultat bei Ermittelung des Werths der gefällten Bäume, warum es sich gehandelt hatte, herbeigeführt haben würden, übersehen seyen. Er führte indessen nur zwei mit dem Bemerken an, daß er die auffallenden Irthümer durch eine einzureichende Berechnung im anzuberaumende Termine anschaulich machen wolle. In diesem letztern brachte er noch zwei andere gleichfalls übersehene Thatsachen vor, worauf sich seine Berechnung und mithin seine Beschwerde gründete. Diese wurden indessen nicht berücksichtigt, wie aus dem nachstehenden Erkenntnisse erhellet:

In Sachen des Kötter Heinrich Schroer zu Scholven Verklagten und Imploranten, wider den Colon Berikel, als Vormund der minnorennen Idelmannschen Geschwister, Kläger und Imploraten,

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten des, gegen das Appellations-Urtel, de publ. 25. Juli 1835, eingelegten Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde für richtig anzunehmen, die Beschwerde selbst aber zu verwerfen, und Implorant die Kosten des Verfahrens, nebst einer Succumbenzstrafe von 10 Thlr. zu erlegen schuldig.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Förmlichkeiten des Rechtsmittels sind insoweit richtig, als die zum Protokoll vom 4. September 1835 erklärte Nichtigkeitsbeschwerde, innerhalb der gesetzlichen sechswöchentlichen Frist erfolgte. — §. 21. der Verordnung vom 14. December 1833. — Die Beurtheilung muß sich jedoch auf die in jenem Protokoll vorgetragenen Nichtigkeitsgründe beschränken, und diejenigen, welche in dem spätern Termine vom 25. desselben Monats erst neu hinzugefügt sind, gänzlich unberücksichtigt lassen, weil ihnen der Verlust des Rechtsmittels wegen Ablaufs der bestimmten gesetzlichen Zeit entgegensteht.

Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, stützt Implorant seine Beschwerde lediglich auf die Behauptung,

Digitized by Google

daß der nach Cubikfußen berechnete Werth des Holzes sich bedeutend niedriger stellen würde, wenn der Abfall sowohl als die völlig schadhaften Bäume in Betracht gezogen wären, er leitet mithin die Aktenwidrigkeit der vorigen Entscheidung nur daraus her, daß bei Bestimmung des Werths des Holzes, der entstandene Abfall und die ermittelte Schadhaftigkeit einiger Bäume übergangen worden sey.

Von dem Abfall ist aber bei der Instruction nicht die Rede gewesen, und ein Einwand der Art, daß der Werth des Abfalls abzuziehen sey, vom Verklagten nicht auf die Bahn gebracht, daher diese Thatsache nicht Gegenstand des Urtels seyn konnte, am wenigsten zum Vortheil des Verklagten, indem ihm — der die Bäume sich zueignete — auch der Abfall zu Gute gekommen seyn muß, weshalb eine Anrechnung dafür auf den eingeklagten Werthsbetrag nicht denkbar ist. Was aber die schadhaften Bäume betrifft, so hat Implorant seine diesfällige Rüge nochmals dahin erläutert, daß der zweite Richter übersehen habe, daß nach dem Zeugniß des Dückerhoff und Bitter 4 Bäume völlig unbrauchbar gewesen seyen, welche demnach in Abzug hätten kommen müssen. Allein der zweite Richter hat diesen Umstand nicht übersehen, sondern denselben mit Beziehung auf jene Zeugnisse ausdrücklich angeführt, ihn jedoch für unerheblich erklärt, weil der geringere Werth dieser Bäume — denn irgend einen Werth müssen sie doch gehabt haben — durch den höhern Werth anderer Bäume ausgeglichen werde; ein Entscheidungsgrund, den Implorant nicht widerlegt hat, der aber für erheblich zu achten ist, in Erwägung, daß der Werth des Holzes hier im Ganzen nach einem Durchschnitt festgestellt wurde. Die vom Verklagten in vorstehender Art hergeleitete Nichtigkeit rechtfertigt sich mithin auf keine Weise.

Die sonstigen Nichtigkeitsgründe, welche das Protokoll vom 25. Sept. sub I. und II. darbietet, bleiben als verspätet von der Beurtheilung ausgeschlossen.

Digitized by Google

Die Verwerfung der Beschwerde hat die Verbindlichkeit des Imploranten zur Erlegung der Kosten des Verfahrens und der festgesetzten Succumbenzstrafe zur rechtlichen Folge.

Berlin, den 23. Februar 1836.

(L. S.) Sack.

Digitized by Google

XVII.

Ob der im Erkenntniß unterlassene Vermerk der Anzahl der am Erkenntniß Theil nehmenden Richter die Nichtigkeit des §. 5. Nr 4. der Verordnung vom 14. December 1833 begründe?

Mitgetheilt
von
Sommer.

Diese Frage ist in folgenden Entscheidungsgründen des Geh. Ober-Tribunals vom 20. Jan. 1836 in Sachen Fisci Implorant gegen die Stadtgemeinde Berleburg verneint:

Der Implorant leitet die Nichtigkeit des Appellations-Erkenntnisses aus der Verletzung eines Rechtsgrundsatzes und wesentlicher Proceßvorschriften ab. In der letzten Beziehung ist der §. 5. Nr. 4. und §. 24. der Verordnung vom 14. Decbr. 1833, wonach an dem Appellations-Erkenntniß wenigstens 5 Richter hätten Theil nehmen müssen (§. 5. Nr. 4.) und die Namen der Richter aus dem Erkenntnisse zu ersehen seyn sollten, (§. 24.) zum Grunde gelegt. Die in den Acten befindliche Ausfertigung des Erkenntnisses läßt aber nur in Ungewißheit, ob nicht bei dessen Abfassung die vorgeschriebene Anzahl von Richtern mitgewirkt habe, da solche nicht angegeben ist. Aus dieser Unterlassung folgt aber noch nicht die Nichtigkeit der Entscheidung; dazu bedurfte es erst einer ausdrücklichen Vorschrift. Die Nichtigkeit eines Erkenntnisses ist *nicht* auf den Mangel jenes Vermerks, sondern auf *den* Umstand gesetzt, wenn weniger als 5 Richter wirklich Theil genommen haben (§. 5. Nr. 4.), und da hierauf wegen der unterlassenen Angabe der bei Abfassung des angefochtenen Urtels gegenwärtig gewesenen Richter *nicht* geschlossen werden darf; so verfällt der in die Verletzung einer wesentlichen Proceßvorschrift gesetzte Nichtigkeitsgrund von selbst.

Digitized by Google

XVIII.

Das Wechselrecht und die Lehre von den Handels-Billets, und kaufmännischen Anweisungen nach dem Preuß Rechte, mit Berücksichtigung des Proceß- u. Concurs-Verfahrens. Von L. Crelinger, Ober-Landesgerichts-Rath zu Breslau, und H. Gräff, Ober-Landesgerichts-Justiz-Commissarius zu Breslau. Breslau, 1833. Verlegt bei A. Schulz und Comp. S. VIII. 541. gr. 8. Ladenpreis 3 Thlr.

Recension
von
Sommer.

Die Verf. liefern hier einen vollständigen Commentar über die betreffenden Stellen unserer Gesetzgebung in fünf Haupt-Abtheilungen: I. von Wechseln (S. 1—418.), II. von Handels-Billets (S. 419—428), III. von kaufmännischen Anweisungen (S. 429—448.), IV. vom Wechsel- und Executivprocesse (S. 449—494.), V. von den Rechtsverhältnissen der Wechsel, Handels-Billets u. kaufmännischen Anweisungen im Concurse (S. 495—508.), VI. Formulare, Register. (S. 509—546.) Es liegt uns ein mit Gründlichkeit und Fleiß ausgearbeitetes Werk vor, die Praxis ist den Verfassern zu großem Danke verpflichtet, und für Alle, welche mit Wechselsachen zu thun haben, ist das Werk unentbehrlich. Eine historische Entwickelung des europäischen Wechselrechts, eine beständige Rücksichtnahme auf das gemeine Recht ist zwar nicht gegeben, wäre nach den Anforderungen der Wissenschaft wünschenswerth gewesen; allein die Verf. haben die nächsten Bedürfnisse der Praxis im Auge gehalten, und diesen Bedürfnissen genügt. — Ueber den Inhalt können wir uns natürlich hier nicht sehr verbreiten. Nach S 4. scheinen die Verfasser — wenigstens widersprechen sie nicht ausdrücklich — die in Mathis jur. Mon. Schr. Abschnitt II. aufgenommenen Justiz-Ministerial-Rescripte als gesetzliche Erklärungen der Gesetze anzusehen, weil der Justiz-

Digitized by Google

Minister es im Rescript vom 3. Nov. 1810 (Mathis Bd. 9. S. 512.) sagt, allein es versteht sich von selbst, daß der Minister sich diese Macht nicht durch ein Rescript beilegen konnte, daher auch diese Rescripte in Mathis M. Schr., wie die Verf. S. 3. von den Rescripten überhaupt bemerken, nicht eigentlich von gesetzlicher Kraft, wenn gleich von Authorität in den Gerichtshöfen sind. — Die bekannten zwei wichtigen Streitfragen: a) ob Jemand, welcher als Nichtwechselfähiger einen Wechsel ausstellt oder acceptirt hat, aus demselben nach erlangter Wechselfähigkeit wechselfähig verhaftet ist, oder b) dies doch dann der Fall ist, wenn der Wechselverpflichtete das Wechselgeschäft nach erlangter Wechselfähigkeit in einem an sich zur Genehmigung früher eingegangener Verbindlichkeiten rechtsgültigen Akte genehmigt hat, verneinen die Verf. (S. 12. 13.) beide, und zwar die erstere gegen Grävell, Merkel und Bielitz auf den Grund von §. 37. A. L. R. I. 5. Es fragt sich nun allerdings, ob §. 838. A. L. R. II. 8. als specielle Ausnahme für die Indossamente, oder als Ausfluß aus einem allgemeinen Grundsatze zu betrachten, welches letztere bei der Gleichstellung der Rechtsverhältnisse des Indossanten mit dem Wechselaussteller (§. 831.) wohl anzunehmen seyn dürfte. Bei der Verneinung der zweiten Frage gehen die Verf. davon aus, daß der Wechsel als ein in sich völlig abgeschlossenes Dokument alle Bedingungen seiner Gültigkeit an sich tragen müsse, daß sich die wechselmäßige Verpflichtung einer Person aus einem bestimmten Wechsel nicht anders denken lasse, als wenn sie aus dem Wechsel hervorgehe. Allein ob dies grade in solcher Ausdehnung wahr sey, ist eben die streitige Frage, und da einmal das alte Geschäft nach allgemeinen Grundsätzen völlig convalescirt (A. L. R. I. 5. §. 38.), so läßt sich wohl Vieles dafür sagen, daß die dem Wechsel zu annectirende Anerkennungs-Urkunde die Einrede der Nichtwechselfähigkeit beseitige. So geht ja auch die Person des Erben des Wechselgläubigers aus dem Wechsel nicht hervor, und doch kann unbedenklich der Erbe mit Nachweis seiner Erbenqualität wechselmäßig klagen. — Druck und Papier sind gut, nur ist das Druckfehler-Verzeichniß S. IV. und V. nicht zu übersehen.

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,
Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer,
und
Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Dritter Jahrgang.

Zweites Heft.

Arnsberg, 1836
bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Heftes
dritten Jahrgangs.

Seite

XIX. Findet bei nicht abgelöſetem Heimfallsrechte noch die frühere Concurrenz des Gutsherrn rückſichtlich der Auslobung der Brautſchätze ſtatt? Rechtsfall mit Nachſchrift von Sommer 169

XX. Ueber Beſitz und Verjährung deſſen, welcher durch mündlichen Vertrag ein Immobile an ſich gebracht hat. Von Hrn. Ober-Landesgerichts-Aſſeſſor Arndts in Paderborn 177

XXI. 1) Begründet allein ſchon ein Poſſeſſorien-Urtel gegen den ſuccumbirenden Theil eine Klage zum Erſatze des durch die dem angeordneten Beſitzſtande zuwider eigenmächtiger Weiſe vorgenommenen Handlungen entſtandenen Schadens und entgangenen Gewinns?

2) Gilt dieſes auch namentlich für den Fall, wo der Beſitzſtand blos vorläufig auf Grund des §. 158. Thl. I. Tit. 7. Allg. L. R. regulirt iſt? Rechtsfall, mitgetheilt von Fr. Th. Boele 226

XXII. 1) Tritt bei einem Klaſſifikations-Urtel eine Rechtskraft der einzelnen Klaſſen ein; oder bilden ſämmtliche Klaſſen in dieſer Beziehung dergeſtalt ein Ganzes, daß es, abgeſehen davon, auf die Stelle des Liquidats im Allgemeinen ankommt?

2) Wird bei ſolchen Hypotheken, die bereits unter der Herrſchaft des gem. röm. Rechts entſtanden ſind, das Hypothekenrecht nach dem Rekognitionsſyſteme allein ſchon durch die Anmeldung konſervirt?

3) Iſt zu Verpfändungen von Paderbornſchen Meyergütern der gutsherrliche Konſens unbedingt nothwendig? Rechtsfall, mitgetheilt von Fr. Th. Boele 233

XXIII. Das gutsherrlich-bäuerliche Rechts-Verhältniß in beſonderer Beziehung auf die vormaligen Eigenhörigen, Erbpächter und Hofhörigen im früheren Hochſtifte Münſter und auf bäuerliche Grundbeſitzer in anderen Gegenden Weſtfalens, nach den Geſetzen vom 21. April 1825 und deren Declarationen, und nach der Ablöſungs-Ordnung vom 13. Juli 1829, vom Oberl. Ger. Rath Welter. Münſter, 1836. Theiſſing'ſche Buchhdl. gr. 8. XX. 465. S. Recenſion oder vielmehr einige Bemerkungen vom Hrn. Geh. Juſtiz- u. Oberl. Ger. Rath Schlüter zu Münſter 241

Digitized by Google

Seite

XXIV. Wie sind die vor Einführung der Preußischen Gesetzgebung entstandenen Pfandrechte auf Mobilien und Forderungen, und wie solche ältere im Lauf der bestimmten Präclusiv-Termine nicht angemeldeten Hypotheken auf Immobilien zu classificiren? Abhandlung von Sommer 273

XXV. Von der Absetzbarkeit der Richter in Preußen. Von Sommer.
Auch Recension von
1) Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Band 45. S. 3—86.
2) Ausübung oberstrichterlicher Gewalt des Staats und Cabinets-Justiz in wesentlicher Differenz dargestellt von Karl Friedr. Ferdin. Sieze. Potsdam, 1835. Verlag von Ferdin. Riegel. . 290

XXVI. Materialien des Allg. Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung; herausgeg. mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister von Dr. A. H. Simon, Geh. Ober-Justiz- u. Revisions-Rathe, und H. L. v. Strampff, K. Ger. Rathe. Recension von Sommer 307

XXVII. Zur Geschichte des Fünftel-Abzuges, u. des Erbrechts der Colonen im Herzogth. Westphalen. Mit 3 Beilagen. Von Sommer 315

XXVIII. 1) Welche Wirkung hat es, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde beim zweiten Instanz-Richter angemeldet wird und dieser dieselbe annimmt?
2) Kann der Richter die Ausführungsfrist für die Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg erweitern? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer . . . 327

XXIX. 1) Sind bei Beurtheilung der Zulässigkeit der Revision die beiden ersten Erkenntnisse schon dann verschiedenen Inhalts, wenn dem Revisen das in erster Instanz ganz aberkannte Recht in zweiter Instanz unter Bedingung eines nothwendigen Eides, oder wenn
2) dem Revidenten das in erster Instanz ganz aberkannte Recht in zweiter Instanz nicht in der gehörigen Ausdehnung zuerkannt wird? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 329

XXX. Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Hrn. Justiz-Minister herausgeg. von A. S. Simon und H. L. v. Strampff. 4ter Bd. Recension von Sommer 331

Uebersicht der juristischen Literatur vom Juni bis August 1836.

Digitized by Google

XIX.

Findet bei nicht abgelösetem Heimfallsrechte noch die frühere Concurrenz des Gutsherrn rücksichtlich der Auslobung der Braatschätze statt?

Rechtsfall mit Nachschrift

von

Sommer.

Diese Frage ist in folgenden Erkenntnissen auf eine in der Provinz kaum geahnte Weise entschieden.

Appellations-Erkenntniß.

In wechselseitigen Appellationssachen des Einliegers E. Meuz zu Sende, Klägers wider den Colon Diekmann daselbst, Verkl. beiderseits Appellanten und Appellaten hat der zweite Senat des Königl. Preußischen Ober-Landesgerichts zu Paderborn in der Sitzung vom 1. Juli 1834 in Gegenwart folgender Richter, als des Chefpräsidenten v. Schlechtendal, der geheimen Justiz-Räthe Möller, Plöger, v. Rappard, Mark und des Ober-Landesgerichts-Assessor v. Wermuth für Recht erkannt.

In Erwägung

1) daß nach der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 24. Novbr. 1833 ein dem Heimfall unterworfenes Grundstück, so lange solcher noch unabgelöst ist,

Digitized by Google

nach den Grundsätzen vererbt werden soll, welche vor Einführung der fremden Gesetze bestanden haben,

2) daß nach der Verhandlung vom 6. Mai 1834 (Fol. 42. der Untergerichtsacten) beide streitende Parteien übereinstimmend die Erklärung abgegeben haben, sie hätten sich nach Einsicht der Grundacten der Diekmann'schen Stätte Nr. 6. zu Sende überzeugt, daß dieselbe dem Heimfallsrechte unterworfen sey,

3) daß solchemnach unbezweifelt die Fürstlich Kaunitz'sche Verordnung vom 10. Septbr. 1784 wegen Auslobung der Brautschätze zur Anwendung gebracht werden muß,

4) daß nach dem §. 1. dieser Verordnung, alle Brautschätze gutsherrlich regulirt werden sollen, und nach §. 2. alle Auslobungen derselben, welche zur Aussteuer eines Sohnes oder Tochter ohne vorläufige gutsherrliche Bewilligung und Bestimmung geschehen sind, für null und nichtig erklärt werden, endlich

5) daß der Klägergar nicht behauptet, vielweniger nachgewiesen hat, daß der jetzt eingeklagte Brautschatz gutsherrlich regulirt und determinirt worden sey, woraus seine Abweisung in angebrachter Art von selbst folgt,

daß das Erkenntniß 1. Instanz des Fürstlich Kaunitz'schen Gerichts zu Rietberg de publ. den 17. Sept. 1833

I. ad appellationem des Verkl.:

dahin zu reformiren, daß nicht, wie geschehen, Verkl. zu verurtheilen, dem Kläger die eingeklagten 8 Thlr. Brautschatzgeld, und den Brautwagen mit

Digitized by Google

Ausschluß eines Bettes und Koffers, binnen 14 Tagen zu bezahlen, vielmehr der Kläger mit der unterm 3. Mai 1833 auf Auskehrung dieses Brautschatzes erhobenen Klage in angebrachter Art und zur Zeit abzuweisen sey.

II. ad appellationem des Klägers derselbe mit der gegen das Erkenntniß erhobenen Appellation zurückzuweisen.

III. Die Kosten beider Instanzen werden dahin vertheilt, daß dem Kläger drei Viertheile, dem Verklagten ein Viertheil davon zur Last fallen.

(L. S.) v. Schlechtendal.

Nichtigkeits-Erkenntniß.

In Sachen des Einliegers Conrad Menz zu Sende, Klägers jetzt Imploranten, wider den Colonus Diekmann daselbst. Verklagten jetzt Imploraten, erkennt das Königl. Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten des Rechtsmittels zwar für berichtigt anzunehmen, in der Sache selbst aber die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtel des zweiten Senats des Königl. Ober-Landesgerichts zu Paderborn vom 1. Juli 1834, unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten der Instanz und 5 Thlr. Succumbenzstrafe, zu verwerfen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers und deren Begründung bezieht sich blos auf denjenigen Theil des Appellationsurtels, wodurch derselbe mit seiner Klage auf Entrichtung des seiner Frau von dem Diekmann'schen

Digitized by Google

Colonate zu Sende zukommenden Brautschatzes in angebrachter Art und zur Zeit abgewiesen worden.

Am Schlusse der Nichtigkeitsbeschwerdeschrift hat zwar der Kläger darauf angetragen, das erste, den Verklagten verurtheilende und nur mit dem nachträglich geforderten Brautschatz-Pferde abweisende Erkenntniß des Gerichts zu Rietberg vom 17. Septbr. 1833 mit der Maaßgabe wieder herzustellen, daß die klägerischen Ansprüche wegen des streitigen Brautschatz-Pferdes zum besondern Verfahren zu verweisen. Auf diesen letztern Antrag kann jedoch nicht eingegangen werden, weil er wegen dieses erst im Verfolg der Instruction geltend gemachten Anspruchs und gegen die deßfalls ergangenen für ihn nachtheiligen Entscheidungen der beiden vorigen Richter seine Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugleich mitgerichtet, und durchaus nichts zu deren Begründung angeführt, sondern nach Fol. 53 v. seiner Beschwerdeführung, bloß auf die abändernde Entscheidung des zweiten Richters auf die Appellation des Verklagten sich beschränkt hat.

Rücksichtlich der von dem Kläger angebrachten Nichtigkeitsbeschwerde kommt es auf die Rechtssage an:

ob bei vormals eigenhörigen Colonaten, wo das Heimfallsrecht noch nicht abgelöst ist, und also die Succession noch nach den ältern Rechten stattfindet, zu den Auslobungen der Brautschätze der gutsherrliche Consens sub poena nullitatis erforderlich sey?

Der Appellationsrichter, welcher diese Frage bejaht, hat zur Rechtfertigung der Abänderung des ersten Erkenntnisses angeführt, daß ein dem Heimfallsrechte unterworfenes Gut bis zu dessen Ablösung nach den früheren

Digitized by Google

Gesetzen vererbt werde, die Stätte des Verklagten noch dem Heimfallsrechte unterworfen sey, sohin die Rietberg'sche Verordnung wegen Auslobung der Brautschätze vom 10. Sept. 1784 zur Anwendung kommen müsse, nach dieser Verordnung §. 1. und 2. alle Brautschätze gutsherrlich regulirt werden müssen, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit solcher ohne gutsherrliche Bewilligung geschehenen Brautschatzauslobungen, der eingeklagte Brautschatz aber nicht gutsherrlich consentirt sey.

Der Kläger findet in dieser Ausführung des Appellationsrichters eine Verletzung eines Rechtsgrundsatzes, und sucht diese daraus herzuleiten:

1) daß die bei Strafe der Nichtigkeit gebotene Zuziehung der Gutsherrschaft bei Regulirung der Auslobungen der Brautschätze ein Ausfluß der früheren allgemeinen Vormundschaft über die Colonen gewesen, und diese, als Ausfluß der Leibeigenschaft, zugleich mit deren Aufhebung jetzt wegfalle, sodann
2) die Declaration vom 24. Novbr. 1833 blos das Materielle des ältern Rechts, die Vererbungsgrundsätze, angewendet wissen wolle, diese Deklaration aber der Bestimmungen wegen Zuziehung der Gutsherrn bei den Brautschatzregulirungen nicht gedenke;
3) die Gutsherrschaft durchaus kein Interesse dabei habe, sobald die nicht bewilligten Brautschätze ihren Ansprüchen nicht präjudiziren; endlich
4) der angeführte Grund des Appellations-Urtels eine Exceptio de jure tertii enthalte, indem der Verklagte nicht legitimirt sey, einen Einwand für sich aus dem Rechte der Gutsherrschaft abzunehmen.

Digitized by Google

Es wird indeß durch diese Argumentation des Klägers diese von ihm behauptete Verletzung eines Rechtsgrundsatzes in dem erwähnten Appellations-Urtel keinesweges gehörig begründet.

Denn ad 1. läßt es sich nicht geradezu annehmen, daß die in der Rietberg'schen Verordnung vom 10. Sept. 1784 erforderte Einwilligung des Gutsherrn bei Regulirung der Brautschätze als Ausfluß der Leibeigenschaft anzusehen sey, und mit deren Aufhebung gleichfalls wegfallen müsse. In der Paderbornschen Meierordnung vom 23. Decbr. 1765 §. 12. wird ebenfalls die Concurrenz der Gutsherrn bei Regulirung der Abfindungen der übrigen Kinder bei Strafe der Nichtigkeit erfordert, obgleich diese Verordnung, wie auch schon deren Rubrik ergiebt, keine Leibeigenschaft sondern nur ein meierstättisches Verhältniß vor Augen hat. — Wenn auch ad 2. in der Cabinets-Ordre vom 24. Novbr. 1833 der Nothwendigkeit der Zuziehung der Gutsherrn bei den Brautschatzauslobungen nicht gedacht ist, so folgt doch daraus noch nicht das Gegentheil, zumal darin überhaupt von Brautschatzauslobungen nicht die Rede ist. Außerdem ist in dem Gesetz vom 21. April 1825 (Nr. 938.) die in Frage stehende Concurrenz der Gutsherrn nicht mit unter die in den §§. 4 seq. aufgehobenen Rechte der Gutsherrschaft aufgezählt, vielmehr in dem §. 44. ausdrücklich vorgeschrieben: „Sie (die Gutsherrn) behalten außerdem in allen Fällen diejenigen Rechte, welche nicht vorstehend, §§. 4. bis 14. ohne Entschädigung aufgehoben sind.“ Ohnehin sind die Gutsherrn bei der Erhaltung der Stätten in gutem Stande, und Verhinderung der Ueberlastung

Digitized by Google

derselben durch unangemessene Brautschätze immer in so fern interessirt, daß dem Hofesbesitzer die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen die Gutsherrschaft wo nicht unmöglich gemacht, doch auch nicht zu sehr erschwert werde.

Hierdurch beseitigt sich zugleich der dritte Grund des Klägers, des dem Gutsherrn mangelnden Interesses. Endlich ad 4. kann die von dem Appellationsrichter verlangte Concurrenz des Gutsherrn bei den Brautschatzauslobungen nicht als eine bloße Exceptio de jure tertii angesehen werden, da die Zuziehung des Gutsherrn in der angeführten Verordnung vom 10. Septbr. 1784 bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, und die fortwährende Gültigkeit dieser Vorschrift angenommen, aus deren Unterlassung die Nichtigkeit der Handlung von selbst folgt. A. L. R. I. 3. §. 40. Aus den angeführten Gründen hat daher die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers, als nicht gerechtfertigt, verworfen werden müssen.

Berlin, den 17. Juni 1835.

(L. S.) Busse.

Nachschrift.

Wenn der höchste Gerichtshof bei den hier ausgesprochenen Ansichten beharrt, so wird die Frage des Heimfallsrechts immer verwickelter, der Einfluß der früheren Gutsherrn immer größer. — Bei Gütern, deren Eigenthum der Colon erlangt hat, ist die Entscheidung offenbar nicht anwendbar. Denn der Gutsherr hat dann nur noch die Rechte eines Realgläubigers (§. 20. I.

Digitized by Google

Ges. vom 21. April 1825), und seine frühere Einwirkung auf die Auslobung der Brautschätze war kein selbstständiges Recht, sondern nur ein Ausfluß seines gutsherrlichen Rechtes. Inzwischen auch wo der Bauer nur das nutzbare Eigenthum erworben hat, ist doch ein solches neues Rechtsverhältniß entstanden, daß jene frühere Einwirkung, wenn man den Geist der §§. 24—29. folg. erwägt, nicht füglich mehr ihr Objekt finden kann. Der §. 44. handelt unbedenklich nur von nutzbaren Rechten der Gutsherrn, nicht aber von ihrer Colonatgesetzgebung, welche §. 4. 7. 8. aufgehoben. Der §. 37. dürfte auch nicht die Behörde, welche früher in die Brautschätze consentirte, hergestellt haben, eine Behörde, welche jetzt dem Colonate fremd geworden, so fremd, das oft das Heimfallsrecht in anderen Händen ist als die Pächte. Da der Gutsherr die Verschuldung des Colonats nicht mehr, wie früher, hindern kann, da er in dessen Verkauf an einen fähigen Besitzer willigen muß, so kann von einem rechtlichen Interesse, was er bei Conservirung des früheren Colons habe, nicht die Rede seyn. — Inzwischen können wir diese Frage hier nicht erschöpfen, sie ist aber eine hochwichtige, und die vaterländischen Juristen werden sie gewiß weiter bearbeiten. — Gegen jene fortwährende Concurrenz der Gutsherrn haben sich erklärt Schepers N. Archiv Jahrg. I. S. 736.; Sommer Jahrg. II. S. 157.; dafür Wigand Prov. Recht von Paderborn Bd. 1. S. 160.; ganz neuerlich dagegen Welter das gutsherrlich-bäuerliche Rechtsverhältniß S. 405.

Digitized by Google

XX.

Ueber Besitz und Verjährung dessen, welcher durch mündlichen Vertrag ein Immobile an sich gebracht hat.

Von

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Arndts** in Paderborn.

I.

Die Uebergabe auf den Grund eines mündlichen Vertrages und selbst die Uebergabe auf den Grund eines zwar schriftlich, aber nur unter Privatunterschrift geschlossenen Vertrages bewirkt nach dem Allgemeinen Landrechte nicht den Uebergang des civilrechtlichen Eigenthums. Dort steht wegen Unverbindlichkeit des Vertrages selbst dem Uebertragenden stets die Rückforderung frei, auch hier hat er strenge genommen die Eigenthumsklage; aber dieselbe kann durch Berufung auf die verbindliche Punctation (exceptione rei venditae et traditae) zurückgewiesen, und es kann sogar nachträglich die förmliche Uebertragung des Eigenthums gefordert werden. Wir sind damit gewissermaaßen zu dem Römischen dominio ex jure quiritium und dem in bonis zurückgekehrt; der Fall des mündlichen Vertrages steht dem ersten Stadium der Römischen Theorie näher, während das Rechtsverhältniß bei schriftlicher Punktation mit dem ausgebildeten bonitarischen Eigenthume mehr

Digitized by Google

Aehnlichkeit hat. Es fällt sofort auf, daß hierdurch der Besitz des Uebernehmenden an der übertragenen Sache, besonders bei dem mündlichen Vertrage, auf eigenthümliche Weise gefärbt wird. Dergleichen Verhältnisse genau zu bestimmen, wird fort und fort größeres Bedürfniß, je mehr von der einen Seite das Grundeigenthum Gegenstand des Verkehrs geworden, und je weniger von der andern Seite das Hypothekenbuch seit Aufhebung des Zwangs zur Besitztitelberichtigung Veranlassung zur Nachholung versäumter Förmlichkeiten gibt.[1]) Mündliche, und die ihnen gleichstehenden schriftlichen blos unterkreuzten Verträge solcher Personen, die des Lesens und Schreibens unkundig sind, kommen nur zu häufig vor. Der nach-

---

1) Ich bin indessen weit entfernt, hiemit den Wunsch nach einer Wiederherstellung der Vorschriften der Hypotheken-Ordnung andeuten zu wollen, so wenig ich auch verkenne, daß ein regelmäßiges Fortschreiben der Besitzveränderungen seine Vortheile habe. Denn abgesehen von den sehr erheblichen Bedenken gegen die Rechtlichkeit eines solchen Zwanges, hat mich eine langjährige Beschäftigung mit dem Hypothekenwesen überzeugt, daß eine Durchführung der Hypotheken-Ordnung in Ansehung der zur Competenz der Untergerichte gehörenden Grundstücke, wenigstens in unserer Provinz, unmöglich ist, wenn man nicht eine Masse von Kräften und Kosten aufwenden will, welche mit den Zwecken des Hypothekenbuchs in gar keinem Verhältnisse stehen. Sie mag für die größern Güter angemessen seyn: aber für die große bewegliche Masse der kleinern Besitzungen scheint die Hypotheken-Ordnung einer durchgreifenden, wesentlich vereinfachenden, und nur die

Digitized by Google

folgende Beitrag dazu ist zunächst veranlaßt durch einen Aufsatz des Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Boele im ersten Jahrgange (Seite 319.) dieser Zeitschrift*) und einige Aeußerungen des Herrn Kammergerichts-Raths Bornemann, denen er daher auch vorerst folgt. —

Es ist die Frage, ob derjenige, welchem zur Erfüllung eines auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten, aber nur mündlich geschlossenen Vertrages ein Immobile tradirt wird, vollständiger Besitzer werde. Ich meine, ja! Boele aber hat in der angezogenen Abhandlung den Satz ausgeführt, daß er nur ein precarium mit den im Allg. Landrechte I. 21. §. 231. und 232. angege-

---

Hauptzwecke des Hypothekenbuchs verfolgenden Reform zu bedürfen. Und auch, wenn diese erreicht ist, wird schwerlich der, so viele Weitläufigkeit verursachende, oft drückende und eben so oft fruchtlose directe Zwang zur Besitztitelbezu billigen, vielmehr ein Vehikel zu suchen seyn, welches die Interessenten von selbst zur Bewirkung der Umschreibungen veranlaßt und solchergestalt die Maschine treibt. Vielleicht würde eine engere Verbindung des Hypothekenbuchs mit dem Cataster den Weg bahnen. Wie, wenn dem Hypothekenrichter die Verwahrung des Catasters anvertraut, an ihn die Anträge wegen Ab- und Zuschreibungen im Cataster verwiesen und diese mit den Umschreibungen im Hypothekenbuche in Verbindung gebracht oder gar theilweise davon abhängig gemacht würden?

*) Die Redaction beweist durch Aufnahme dieser Entgegnung, daß sie Wort hält, wenn sie in der Vorrede S. V. des I. Jahrgangs freie Gegenrede eröffnet, auch für sich auf das Monopol der Unfehlbarkeit verzichtet hat!

A. d. R.

Digitized by Google

benen Rechten und Pflichten erlange. Es wird dieses dargestellt als eine ausdrückliche Bestimmung des §. 233 ibid. und als eine natürliche Folge der Widerruflichkeit des Geschäfts, worauf sich die Gewahrsame des Erwerbenden gründet. Uebereinstimmend damit äußert sich Bornemann in seiner systematischen Darstellung des preußischen Civilrechts Bd. II. S. 181. und 508., indem er mit Hinverweisung auf eben jenen §. 233 l. c. und auf eine Entscheidung der Gesetzcommission vom 30. Novbr. 1791 bemerkt, daß bei einem solchen mündlichen Vertrage der Erwerbende nur „precario" besitze. Weil sich diese Aeußerung grade auf den allegirten §. 233. gründet, so scheint unter dem „precario" auch genau dasselbe Verhältniß verstanden werden zu müssen, welches die §§. 231. und 232. ib. ziemlich deutlich bezeichnen. Aber Bornemann gesteht S. 200 a. a. O. dem Erwerbenden dennoch die dreißigjährige Acquisitiv-Verjährung zu; deshalb muß er mit dem „precario" einen Begriff verbinden, welcher nicht ganz mit dem meinigen übereinstimmt; und damit nicht eine solche Begriffsverwechselung Mißverständnisse erzeuge, muß ich mir zuvor einige Worte darüber erlauben, wenn sie auch nur Bekanntes wiederholen.

In der Praxis ist von einem „precario" am häufigsten die Rede, wenn es sich handelt um die Erwerbung des Besitzes eines Rechts d. h. nicht um die Besitzerwerbung eines schon bestehenden oder wenigstens als bestehend besessenen Rechts durch Uebertragung, sondern von der ersten, oder, um mich so auszudrücken, constituirenden Besitzerwerbung eines noch nicht be-

Digitized by Google

fremden Rechts.[2]) Man deutet hier mit dem „precario“ an, daß das Leisten, Dulden oder Unterlassen, welches an und für sich eine Besitzerwerbung bewirken könnte, nicht in der Voraussetzung eines Rechts, sondern nur aus Gefälligkeit geschehen sey, Allg. L. R. I. 7. §. 106., wonach es sich dann von selbst versteht, daß durch diese Handlungen ein Besitz nicht entstehen kann. Das precarium bedeutet hier gar nicht ein fortdauerndes Rechts- oder Besitzverhältniß, sondern nur eine Eigenschaft früherer Handlungen, welche diese Handlungen in Bezug auf die Besitzfrage ganz bedeutungslos macht. Denn eine solche Besitzerwerbung hat das Eigenthümliche, daß sie mit dem Besitze zugleich dessen Gegenstand schaffen muß; es muß das Recht selbst, wenigstens in der Idee, erst individualisirt werden, der animus hat hier eine doppelte Bedeutung, fehlt er, dann ist nichts da, dessen Besitz erworben werden könnte; es kann nicht nur kein Besitz, sondern nicht einmal die Gewahrsam entstehen. In so weit kann dann bei Rechten von einer precaria possessio eigentlich nicht die Rede seyn.

Bei körperlichen Sachen dagegen und überhaupt allenthalben, wo der Gegenstand des Besitzes bereits fixirt, was sich dann nach Umständen allerdings auch bei Rech-

---

[2]) Vielleicht würde das Allgemeine Landrecht in mehrerer Hinsicht an Bestimmtheit gewonnen haben, wenn dieser Unterschied schärfer hervorgehoben wäre. Ich werde mir über diesen Punkt, der mit der uns hier beschäftigenden Frage nicht in unmittelbarer Verbindung steht, späterhin einige Bemerkungen erlauben.

Digitized by Google

ten denken läßt, ist die Bedeutung des precarii nicht ganz dieselbe. Wir verstehen hier darunter das Verhältniß, welches entsteht, wenn der Besitzer einer Sache einem andern deren Gewahrsam und Gebrauch aus Gefälligkeit, ohne die Absicht, ein Recht auf fortgesetzten Gebrauch zu übertragen, bis zu willkührlichem Widerruf einräumt. Der Precarist tritt hier zu der Sache allerdings in ein gewisses fortdauerndes Besitzverhältniß: die precaria possessio. Welche rechtliche Bedeutung nun dieses Verhältniß habe, darüber hat sich das Allg. Landrecht nicht bei der Lehre vom Besitz, sondern eben erst in dem §. 231 ff. I. 21. ausgesprochen; es scheint wenigstens, daß man bei den §§. 106 ff. des 7. Titels nur die Rechte im Auge gehabt habe. Aber was im Titel 21. bei Auffassung der contractlichen Seite dieses Geschäfts festgesetzt ist, das stimmt durchaus mit demjenigen überein, was sich nach den allgemeinen Grundsätzen über den Besitz von selbst versteht. Der Precarist übernimmt die Gewahrsam der Sache zwar, um für sich selbst darüber zu verfügen, aber nicht in der Absicht, sie als sein eigen zu haben, deshalb kann er nicht vollständiger Besitzer der Sache werden.

Allg. L. R. I. 7. §. 7.

Es kann sich bei ihm nur fragen, ob er als unvollständiger Besitzer, oder als Inhaber anzusehen sey? der Natur der Sache nach unbedenklich das Letztere; denn er schreibt sich gar kein Recht auf eine Fortdauer seiner Gewahrsam zu. Dem entsprechend hat denn auch das Allg. L. R. I. 21. §. 232. gesagt, daß der Precarist, welcher somit die Sache auf jedesmaliges Erfordern dem

Digitized by Google

Verleihenden wieder einräumen müsse, nur Inhaber sey. Die Besonderheiten des Römischen Rechts, welches dem Precaristen possessio gab, hat also das Landrecht nicht aufgenommen; der Precarist hat nicht Besitz, sondern nur Gewahrsam, und er hat diese Namens des Verleihenden.

So also würde das Verhältniß dessen, welcher durch mündlichen Vertrag ein Immobile an sich bringt, beschaffen seyn, wenn auf ihn der §. 233 ꝛc. bezogen und angenommen würde, daß er durch die Uebergabe nur einen precairen Besitz erlange. Es ergibt sich daraus alsbald die praktische Bedeutung unserer Frage. Wäre der Contrahent nur Precarist, dann hätte er

1) wie gesagt, nur die Gewahrsam, also auch nicht gegen Dritte die Rechte des Besitzers, sondern nur den Schutz und die Rechte, welche jedem Inhaber zustehen. Wenn man auch nach den Umständen eines Falles den Precaristen zur Verfolgung weiterer Besitzrechte, als welche überall mit der Gewahrsam verbunden sind, zulassen müßte (vergl. Graevell, vom Besitz. ad §. 108b.), dann kann das nur in einer vermutheten Vollmacht des Verleihenden, nicht im eigenen Besitzrechte seinen Grund haben.

2) Er hätte nur die Gewahrsam der Sache und zwar Namens des Veräußernden. Da nach dem Allg. L. R. I. 7. §. 144. den bloßen Inhaber derjenige, Namens dessen jener die Sache inne hat, der Gewahrsam aus eigner Macht zu allen Zeiten entsetzen kann, so würde ein solches Recht auch der veräußernde

Digitized by Google

Contrahent haben; der erwerbende würde gegen ihn nicht einmal in summariissimo zu schützen seyn.

3) Er hätte nicht den Besitz; also könnte er auch nicht die Sache durch Verjährung erwerben. Die ordentliche Ersitzung von 10 und 20 Jahren kann ihm allerdings um deswillen nie zu statten kommen, weil es ihm an einem zur Erwerbung des Eigenthums geschickten Titel gebricht; aber er würde auch in 30 Jahren nicht ersitzen können. Denn auch dazu fordert das Allg. L. R. I. 9. §. 625. und 627. mindestens vollständigen Besitz. Selbst in dem von Grävell (vom Besitz, ad §. 108 b.) berührten Falle, wenn es nicht auszumitteln ist, wer der precario Verleihende gewesen, kann strenge genommen von einer erwerbenden Verjährung, deren erstes Requisit, der Besitz, mangelt, keine Rede seyn, wenn auch um deswillen: weil der, welcher gar keinen Rechtsgrund zum Besitze hat, also auch der, welcher das Recht durch Verjährung verlohren hat, dem bloßen Inhaber weichen muß, die Dinge sich nach Umständen äußerlich fast so gestalten können, als ob er verjährend das Eigenthum erworben hätte.

Wenn sich die Anwendung der bisherigen Sätze sub 1. 2. 3. auf den, welcher durch mündlichen Vertrag ein Immobile an sich bringt, dem Rechtsgefühle wohl nicht empfehlen mag, dann würde dagegen

4) die Behandlung seines Besitzes als precarium über einen vierten Punct eine angemessene Entscheidung herbeiführen. Welchen Einfluß hat die mündliche Veräußerung auf die Fortsetzung einer angefangenen, aber noch nicht vollendeten Ersitzung? Wenn der titulirte redliche

Digitized by Google

Besitzer vor Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit das Immobile mündlich veräußert, und nachher, wegen der Ungültigkeit des Vertrages die Sache wieder erhält, ist die Verjährung unterbrochen und muß er von dem Zeitpunkte des wieder erlangten Besitzes eine neue Verjährung anfangen, oder wird ihm die Zeit, während welcher der andere Contrahent die Sache besessen hat, angerechnet? Eben so: wenn zuerst auf den Grund des mündlichen Vertrages die Sache übergeben ist, und nachher der Vertrag schriftlich vollzogen wird, gilt hier accessio temporis?

Schwerlich ist man geneigt, hier eine Unterbrechung der Verjährung anzunehmen und die accessio temporis auszuschließen. Und dennoch, wenn man annimmt, daß der mündliche Vertrag vollständigen Besitz zur Folge habe, dann scheint man nach der Strenge so deduciren zu müssen:

der vollständige Besitz des Erwerbenden hebt, wie sich von selbst versteht, den Besitz des Veräußernden auf;

Allg. L. R. I. 7. §. 123.

unterbricht also auch nach I. 9. §. 601. dessen Verjährung; der erstere würde die von dem letztern angefangene Ersitzung fortsetzen können, wenn er einen rechtsgültigen Titel hätte; aber daran gebricht es ihm; sein Besitz ist zur ordentlichen Ersitzung nicht geeignet; diese wird also auch gänzlich aufgehoben, und muß, wenn spätere Ereignisse einen Usucapionsbesitz herstellen, aufs neue begonnen werden, sey es von dem einen oder von dem andern, wobei nur dieses zuzugeben, daß dem Veräußerer, wenn ihm die Sache zurückgegeben wird, frei

Digitized by Google

ursprünglicher Titel auch als Titel für die neu anzufangende Ersitzung gilt.

Wird dagegen angenommen, daß der Erwerbende nicht den vollständigen Besitz, sondern nur ein precarium erlange, dann muß auch zugegeben werden, daß er als bloßer Inhaber den Besitz, also auch die Verjährung des Veräußernden fortsetze und die Zusammenrechnung aller Zeiten kann überall kein Bedenken haben.

Wenden wir uns hiernach zu der Frage über die Richtigkeit der von Boele und Bornemann aufgestellten Ansicht, so leuchtet sofort ein, daß die Absicht der Contrahenten bei der Einräumung des Besitzes zur Vollziehung eines mündlichen Veräußerungs-Vertrages eine ganz andere ist, als bei der Einräumung eines precarii. Sollte dennoch dort dasselbe Verhältniß eintreten, wie hier, so würde das nur das Ergebniß rein positiver Normen seyn können. Boele findet, wie gesagt, diese ausdrückliche Bestimmung in dem §. 233 cit.; deren Rechtfertigung aber darin, daß der Vertrag nach früheren Bestimmungen des Landrechts unverbindlich, der eingeräumte Besitz also widerruflich ist. In diesem letztern Puncte hat er nun zuvörderst zuverlässig Unrecht. Es kann nicht bezweifelt werden, daß nach den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts über den Besitz der mündlich Erwerbende ungeachtet der Unverbindlichkeit des Vertrages in ein anderes Besitzverhältniß, wie der Précariſt, eintreten, daß er nämlich vollständiger Besitzer des Immobilis werden müsse. Allerdings hat er mit dem Precaristen das gemein, daß der Einräumende das Recht hat, die Sache zurückzufordern. Aber das Recht

Digitized by Google

bedingt nicht den Besitz. Der Grund, warum der Precarist eben nur Precarist im Sinne des §. 231. 232. l. c., d. h. nicht Besitzer, sondern bloßer Inhaber ist, liegt nicht darin, weil sein Gewahrsam widerruflich ist, sondern in dem Umstande, daß er die Sache gar nicht in der Absicht, sie als sein eigen zu haben, in Gewahrsam nimmt.

Allg. L. R. I. 7. §. 1. 2. 3.

Das verhält sich aber bei dem mündlichen Vertrage anders. Der Erwerbende nimmt hier die Sache in Besitz, um darüber als über seine eigne, im eignen Namen zu verfügen. Deshalb kann er nach §. 3. und 7. I. 7. nicht bloßer Inhaber, nicht Precarist, sondern er muß vollständiger Besitzer werden, wenn nur die Besitzergreifung an sich fehlerfrei ist. Das aber ist sie, wo l sich der andere Contrahent freiwillig seines Besitzes begiebt, also nicht Gewalt, Betrug oder Verheimlichung die Besitzergreifung hindert. Daß der Vertrag, zu dessen Erfüllung die Sache übergeben worden, unverbindlich, daß er seiner Form nach zur Uebertragung civilrechtlichen Eigenthums nicht geeignet, also der andere Contrahent, wie die von Bornemann angezogene Entscheidung der Gesetzcommission mit Recht ausspricht, die Sache zu vindiciren befugt ist, das muß in Beziehung auf die Vollständigkeit des Besitzes gleichgültig seyn: es berührt nur den Titel und die Rechtmäßigkeit; es macht den Besitz precär in der Conversationssprache; aber nicht zu einem precarium im juristischen Sinne. Der Besitzer befindet sich hier in demselben Falle, wie jeder andere, der eben nur den Besitz hat; überall hängt ja dessen

Digitized by Google

Fortdauer von den Entschließungen des besser Berechtigten ab. — Genug! in unserem Falle hat sich der bisherige Besitzer zum Vortheile des andern Contrahenten seines Besitzes entschlagen, und dieser hat den für ihn erledigten Besitz ergriffen; er muß vollständiger Besitzer werden. Allg. L. R. I. 7. §. 58.

Man kann, wenn auch sonst die Fälle etwas verschieden sind, gerade so sprechen, wie Paulus in l. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. possess. über den Besitz des beschenkten Ehegatten:

Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

Die Disposition, welche man in dem §. 233 l. c. finden will, würde also durch die landrechtlichen Grundsätze über die Entstehung des Besitzes nicht nur nicht gerechtfertigt seyn, sondern vielmehr mit ihnen im Widerspruch stehen.

Es bliebe nur die Möglichkeit: daß die Redactoren des Landrechts sich bei Auffassung der rein contractlichen Seite unseres Geschäfts bewogen gefunden haben, positiv einzuschreiten und durch den §. 233 l. c. mit Verläugerung ihrer Grundsätze über den Besitz hier unter den Contrahenten das Rechtsverhältniß des precarii eintreten zu lassen, welches, wie gezeigt, aus der Unverbindlichkeit des Vertrages an und für sich gar nicht nothwendig folgt. Aber auch das ist kaum gedenkbar. Denn eines Theils war für derartige Bestimmungen hier nicht der Ort, auch bereits im Tit. 5. die Folgen der verabsäumten schriftlichen Form in Bezug auf das Ver-

Digitized by Google

hältniß der Contrahenten zu einander, und zwar anders wie vermeintlich durch den §. 233 l. c. geschehen ist, genugsam bestimmt, und andern Theils würde eine solche Bestimmung der Lage der Sache nicht angemessen seyn, weil ja bei weitem in den meisten Fällen das Rückforderungsrecht des Veräußernden nicht durchaus willkürlich seyn kann, sondern bedingt ist durch die gleichzeitige Rückgabe dessen, was er empfangen hat.

Nach diesen Erwägungen muß die angenommene Auslegung des §. 233 l. c. von vorne herein sehr bedenklich erscheinen.*) Boele selbst hat es gefühlt, daß

*) Der Herr Verf. stimmt hier mit meinen im letzten Hefte des Jahrgangs von 1835 S. 599 ff. entwickelten Ansichten über den §. 233. A. L. R. I. 21. überein. Die Gerechtigkeit gebietet, zu bemerken, daß der erste Theil dieser gediegenen Abhandlung des Verfassers während des Schlusses des vierten Hefts des Jahrgangs 1835 hier eintraf, wir beide also auf eigenem Wege zu unsern Ansichten gekommen sind — was vielleicht auch wohl noch etwas für ihre Richtigkeit beweist. Uebrigens habe ich meiner Abhandlung noch nachzutragen, daß die §. 75. A. L. R. I. 11., §. 407. Th. I. Tit. 16. auf den ersten Anblick die bisher gemeine Meinung zu bestätigen scheinen. Allein bei näherer Erwägung wird man sich doch überzeugen, das nur wieder die so häufig ungenaue Sprache unseres Landrechts hier zu erkennen, welche allerdings die Form für die Erlangung des zum Hypothekenbuch stehenden Eigenthums an Immobilien mit der Vertragsform verwechselt. Solche nachlässige Verweisungen können noch keinen neuen, hier vollends sehr exorbitanten, Rechtssatz schaffen. Sommer.

Digitized by Google

der Ort, wo das Gesetz steht, und daß die Zusammenstellung der Immobilien mit Rechten, welche in Beziehung auf das Erforderniß schriftlicher Abfassung der Verträge nicht denselben Regeln unterliegen, auf eine beschränktere Absicht des Gesetzgebers schließen lassen. Aber er hält dafür, daß das Gesetz an sich zu klar und keiner andern Deutung fähig sey. Auch mir scheinen die Worte des Gesetzes unzweideutig; aber in einem anderen Sinne: mir däucht, man brauche nur den Klang der Worte zu hören, um überzeugt zu seyn, daß das Gesetz von nichts anderm rede, als nur von dem Leihvertrage. Man lese die Stelle im Zusammenhange:

§. 230. „Es gehört zum Wesen des Vertrags (des Leihvertrages), daß die Zeit der Rückgabe entweder in sich selbst, oder durch die Art oder den Zweck des eingeräumten Gebrauchs bestimmt sey.

§. 231. Ist weder die Art noch der Zweck des Gebrauchs, noch die Dauer desselben bestimmt, so ist derjenige, welchem der Gebrauch eingeräumt worden, für einen bloßen Inhaber zu achten.

§. 232. Er ist also die Sache auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden zu allen Zeiten zurückzugeben schuldig.

§. 233. Ein Gleiches findet Statt, wenn eine unbewegliche Sache oder ein Recht der Gegenstand des Vertrags und dieser nicht schriftlich abgefaßt ist.

§. 234. Ist aber ein wirklicher und gültiger Leihvertrag vorhanden u. s. w.“

Digitized by Google

Ueberall ist nur von dem Leihvertrage die Rede; der §. 233. spricht nicht von einem, sondern von dem Vertrage und das kann kein anderer seyn, als der, von welchem vorher und nachher zusammenhängend und ausschließlich gehandelt wird, der Leihvertrag. Daß nichts weiter gemeint sey, ergibt sich auch aus Folgendem:

Wollte man die Stelle nicht blos von dem Leihvertrage verstehen, dann müßte man sie auf alle Arten von Verträgen beziehen. Es ist nun aber gar nicht Regel, alle Verträge über Immobilien schriftlich abzufassen. Die Regel besteht nur für Verträge über das Eigenthum

A. L. R. I. 10. §. 15.

über Grundgerechtigkeiten, wie sie I. 22. §. 12. definirt

I. 5. §. 135.

und über andere bleibende Reallasten

Allg. G. Ord. II. 1. §. 3.

Für sonstige Verträge haben Tit. 5, Tit. 19. und Tit. 21. des A. L. R. I. die schriftliche Abfassung nicht als allgemeines Erforderniß aufgestellt; es tritt aber nur ein, wo es, wie z. B. beim Pfandvertrage und oben durch den §. 233 l. c. beim Leihvertrage, besonders vorgeschrieben ist. Der §. 233 l. c. kann sich also auf alle Verträge nicht beziehen; man möchte dann annehmen, daß sich die Redactoren an diesem unglücklichen Orte gänzlich in der Richtung verirrt und mit einem zweiten Verstoße gegen die Logik und ihr eignes System hier bei Gelegenheit des Leihvertrages hinterher haben bestimmen wollen, daß alle Verträge über Immobilien schriftlich abgefaßt werden sollen.

Auf den Leihvertrag beschränkt, findet dagegen das

Digitized by Google

Gesetz seine Erklärung darin, daß dieser Vertrag eine reine Liberalität enthält, also billig nach ähnlichen Grundsätzen, wie die Schenkung behandelt wird, weshalb es denn auch z. B. noch bezweifelt werden könnte, ob nicht das Versprechen, etwas zu leihen, überall, d. h. auch bei Mobilien, schriftlich gegeben seyn müsse, um klagbar zu seyn.[3])

---

[3]) In Ansehung der Immobilien beruht also die, auf den Leihvertrag zu beschränkende, Disposition des §. 233 l. c. nicht darauf, daß ohnehin die Verträge über Immobilien schriftlich abgefaßt werden müssen. Deßhalb darf man ein solches auch nicht in Ansehung der Rechte annehmen und aus diesem Grunde scheint es unrichtig, wenn Grävell (vom Besitze, not. ad §. 108 d.) den Ausdruck „Rechte" auf diejenigen Rechte, über welche überall nur schriftlich contrahirt werden kann, beschränken will. Das Gesetz spricht allgemein und muß auf alle Rechte angewandt werden, welche einen Gebrauch, wie ihn der Leihvertrag geben soll, ihrer Natur nach zulassen. — Wenn es übrigens richtig ist, daß die Disposition des Gesetzes in den Bestimmungen über die Form der Schenckungen ihren Grund hat, dann würde sie vielleicht zur Lösung eines andern Zweifels beitragen. Schenkungsverträge sollen gerichtlich geschlossen werden; aber nach Uebergabe der geschenkten Sache findet die Rückforderung nicht statt, bei Mobilien, wenn der Vertrag auch nur mündlich geschlossen, bei Immobilien, wenn er außergerichtlich punctirt ist. Wie bei Rechten, namentlich Forderungen? Ist unbedingt gerichtliche Cession erforderlich? wird die außergerichtliche Schenkung etwa nach §. 1068. l. 11. nur durch wirkliche Einziehung der Forderung unwiderruflich? oder genügt eine

Digitized by Google

Das besprochene Gesetz bestimmt also nur für den Leihvertrag über Immobilien und Rechte eine besondere Form und setzt eine besondere Folge der verabsäumten Form fest In letzterer Beziehung kann man darin, wenn man die Sache spitz nehmen will, allenfalls für die Besitztheorie etwas Eigenthümliches finden. Wie die Entstehung des Besitzes überhaupt, so mag auch die des Besitzes eines Rechts und des damit verbundenen unvollständigen Besitzes der Sache nicht abhangen von dem wirklichen Bestehen des Rechts, sondern nur von der Meinung, womit der Gegenstand des Besitzes in Gewahrsam genommen wird. Wenn nun mündlich die Essentialien des Leihvertrags nach §. 230 l. c. vollständig verabredet und in der Meinung, das solchergestalt bestimmte Gebrauchsrecht zu übertragen und zu übernehmen, die Sache dem Leiher eingeräumt und von ihm angenommen wird, dann, sollte man meinen, müsse dieser wirklicher Besitzer des Gebrauchsrechts, also nicht bloßer Inhaber, sondern unvollständiger Besitzer der Sache werden. Der §. 233 cit. besagt nun aber

---

außergerichtliche schriftliche Cession d. h. die den Besitz übertragende Erklärung der wirklichen Uebergabe? (§. 377. l. 11.) oder ist sogar, da die Forderungen zu den beweglichen Sachen gehören, in dem Falle eine mündliche Uebertragung hinreichend, in welchem sonst die Cession keiner Schrift bedarf? (§. 393 ff. ibid.) Der §. 233. l. 21. könnte darauf hindeuten, daß mindestens überall Schrift erforderlich (conf. §. 395. l. 11.), diese aber auch genügend sey.

Digitized by Google

ein anderes. Indeß bei der Frage, die uns hier beschäftigt, braucht man kaum darauf hinzuweisen, daß sich dieses aus der besonderen Natur des Leihvertrages als eines einseitigen, lucrativen, nur auf ein vorübergehendes Gebrauchsrecht gerichteten Vertrags erklären lasse. Denn wenn man auch allenfalls hieraus eine allgemeinere Regel für die Erwerbung des Besitzes dinglicher Rechte auf fremde Sachen möchte abstrahiren wollen, dann ist es doch vollkommen klar, daß daraus wegen wesentlicher Verschiedenheit des Falles keine Analogie gezogen werden kann für die Besitzverhältnisse bei Verträgen, welche die Uebertragung der Sache selbst bezwecken. Zwischen der constituirenden Besitzeinräumung, eines Rechts auf fremde Sachen und der traditio der Sache selbst, besteht der wesentliche Unterschied, daß hier jedenfalls der Besitz des Uebertragenden erledigt wird und aus diesem Grunde der Erwerbende den Besitz der besitzerlosen Sache muß erlangen können, während dort erst der nächste Gegenstand des Besitzes geschaffen werden muß, und an eine eigentliche Erledigung des Besitzes nicht zu denken ist.

Wenn also der §. 233 l. c. über unsere Frage nichts entscheidet, dann bleibt es bei dem obigen Ergebniß allgemeiner Grundsätze; wer durch mündlichen Vertrag ein Immobile erwirbt, wird nicht Precarist, sondern vollständiger Besitzer. Die von Bornemann angezogene Entscheidung der Gesetzcommission steht dem nicht entgegen, sie sagt weiter nichts, als daß der Veräußernde vindiciren könne, weil durch den mündlichen Vertrag nicht

Digitized by Google

das Eigenthum übergegangen sey; damit ist dann dem Erwerbenden der Besitz nicht abgesprochen. Wenn sich endlich Boele darauf beruft, daß der Erwerbende beim Hypothekenbuche seine Besitztitel nicht berrichtigen könne, so hat er ja dieses Schicksal mit jedem vollständigen, nicht titulirten Besitzer gemein.

II.

Mag nun auch das hier besprochene Verhältniß mit dem römischen precarium in einigen Punkten Aehnlichkeit haben, so ist es doch von dem precarium des Allg. Landrechts gänzlich verschieden. In unserem Rechtssysteme ist dem ein Immobile mündlich Erwerbenden der vollständige Besitz nicht abzusprechen. Mit diesem Ergebnisse der bisherigen Erörterung sind aber die Bedenken in unserer Materie nicht alle gelöst. Es ergeben sich vielmehr größere Schwierigkeiten, wenn weiter nach der Beschaffenheit und Bedeutung jenes Besitzes gefragt wird. Kehren wir zu demjenigen zurück, was über die Stellung eines solchen Contrahenten, als Precarist angesehen, gesagt ist, kann ist nunmehro

ad 2. gewiß, daß der Veräußernde nicht die Sache aus eigener Macht wieder an sich nehmen, daß er nicht in summariissimo, sondern nur in petitorio die Sache wieder erlangen könne. Eben so ist es

ad 1. und 3. nicht zu bezweifeln, daß dem Erwerbenden der Schutz des vollständigen Besitzers gebühre und daß sein Besitz in Ansehung seiner Vollständigkeit, abgesehen von der Redlichkeit oder Unredlichkeit,

Digitized by Google

allerdings die dreißigjährige Verjährung zulasse. Hier drängt sich aber gleich die Frage hervor: Hat er einem Dritten gegenüber die Rechte, welche das Landrecht dem redlichen Besitzer ertheilt hat? vorausgesetzt natürlich, daß er den Einräumenden für den rechtmäßigen Besitzer gehalten hat, und daß der Rücktritt nicht von der einen oder anderen Seite erklärt ist, und abgesehen von dem Einflusse, welchen hier das Hypothekenbuch haben kann, wenn das Folium des betreffenden Grundstückes regulirt ist.

Gegen den andern Contrahenten hat ihm das Allg. Landrecht I. 5. §. 163. diese Rechte in Ansehung der zu leistenden Rückgabe eingeräumt, wenn nicht er selbst von dem Vertrage zurücktritt. Aber der Grund dieser Bestimmung liegt, wie es scheint, nicht sowohl in der Beschaffenheit des Besitzes an sich, als in dem persönlichen Rechtsverhältnisse der Contrahenten zu einander; sie wird auch gelten, wenn diese in Beziehung auf Dritte als unredlich zu behandeln sind, obwohl sonst ein Besitz, der gegen Einen unredlich ist, in Beziehung auf jeden für unredlich geachtet wird. Deshalb gibt auch jene Bestimmung nicht unmittelbar eine Entscheidung der andern Frage, ob der Erwerbende gegenüber dem wahren Eigenthümer diejenigen Rechte habe, welche dem redlichen Besitzer blos wegen dieser Beschaffenheit seines Besitzes gegeben sind. Dennoch sollte man meinen, daß demjenigen, welcher gegen seinen, für den rechtmäßigen Besitzer gehaltenen, Vorgänger die Rechte des redlichen vollständigen Besitzers erlangt hat, in jedem Betracht Redlichkeit seines Besitzes beigelegt werden müsse. Es

Digitized by Google

kann auch, wie leicht erkannt wird, in unserm Falle wenigstens von einer Unredlichkeit keine Rede seyn. Denn der Besitzer hat hier seinen Besitz auf eine völlig fehlerfreie Weise erworben; das Verhältniß, worin er sich zu der Sache factisch gesetzt hat, beruht in seinem Entstehen und in seiner Fordauer auf dem Willen dessen, den er für den rechtmäßigen Besitzer halten durfte, und, diese Rechtmäßigkeit vorausgesetzt, verletzt sein Besitz niemandens Rechte. Ist er aber nicht unredlich, dann muß er, ungeachtet er sich nicht civilrechtliches Eigenthum zuschreiben kann, nach dem Allg. Landrechte redlicher Besitzer seyn, weil dieses außer den Fällen des error in jure und des verschuldeten error in facto, wovon hier nicht die Rede ist, keine Zwischengrade zwischen der Unredlichkeit und der Redlichkeit zu kennen scheint. Man möchte deshalb die Frage darüber kaum als einen Gegenstand des Zweifels hinzustellen brauchen, wenn nicht in neuerer Zeit die Begriffe über die Redlichkeit überhaupt etwas schwankend geworden wären; hat man auch dabei, soviel ich weis, die Redlichkeit in unserm Falle nirgend geradezu bestritten, so mögen doch die folgenden Bemerkungen darüber wenigstens als Versuch, durch nähere Beleuchtung unserer Frage zur Läuterung der Begriffe über die Redlichkeit überhaupt und zur Erklärung einiger einschlagenden Stellen des allgemeinen Landrechts beizutragen, hier ihre Stelle verdienen.

Neuere Forschungen über das Römische Recht, deren Ergebnisse man auch auf das allgemeine Landrecht übertragen, haben dahin geführt, bei der Usucapion den Titel nicht mehr als ein besonderes, für sich bestehendes Er-

Digitized by Google

forderniß, sondern nur als den Grund der erforderlichen bona fides; diese bona fides aber als dasjenige zu betrachten, worauf einzig die Usucapion beruht. Diese Ansicht führte leicht zu einer immer größeren Begünstigung des titulus putativus und sodann weiter zu der Frage, wie sich denn von dieser bona fides die andere unterschreide, welche nicht die ordentliche Ersitzung in 10 Jahren, wohl aber die der längern Zeit begründet.*) Man gelangte zur Annahme von Arten oder Graden der Redlichkeit; man unterschied zwischen einer positiven und blos negativen bona fides. Eine solche Gradation liegt allerdings in der Natur der Sache, sie ist aber nicht in die Terminologie des Landrechts übergegangen, und, da die Redlichkeit nicht blos bei der Frage, bei welcher man jene Gradation zunächst entwickelt hat, nämlich bei der Verjährung, sondern bei manchen andern Punkten in Betracht kömmt, so kann jene Ansicht, womit man die besondere Qualification des Usucapions-Besitzes unter den Gesichtspunkt der Redlichkeit bringt, gar leicht auf Abwege führen, wenn man nicht die Begriffe strenge sondert, und genau feststellt, was unser Gesetzbuch unter Redlichkeit verstanden haben will, da, wo es davon ohne weiteren Zusatz redet. Hierin nun scheint man es nur versehen zu haben; es scheint mir aber auch, daß man selbst in der Verjährungslehre über das Wesen der mindern Redlichkeit,

*) Vergl. Unterholzner, gesammte Verjährungslehre §. 104.; Zeitschrift von Simon und von Strampff, Bd. II. S. 232.; Bornemann, systematische Darstellung des preuß. Civilrechts Bd. II. S. 197.

Digitized by Google

welche man zur Verjährung der längeren Zeit für genügend hält, noch nicht zu einem ganz klaren Begriffe gelangt sey. Ich erlaube mir hierbei der Darstellung Bornemanns zu folgen, weil derselbe zuletzt die Besitztheorie ausführlich und so belehrend behandelt hat. Bornemann in der systematischen Darstellung des preußischen Civilrechts Bd. I. S. 477. stellt den Begriff der Redlichkeit dahin fest, daß der Besitzer

a) von den etwaigen sein jus possidendi aufhebenden Rechten Dritter auf dieselbe Sache nichts wisse und überdies

b) von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes, worunter beim vollständigen Besitzer nach der Erklärung S. 477. Nr. 3. das wirkliche Eigenthum zu verstehen ist, aus zureichenden Gründen überzeugt sey,

demnach entweder

1) wirklich titulirter Besitzer und mit den Umständen welche der Wirksamkeit seines Titels im Wege stehen, ohne sein Verschulden unbekannt geblieben sey; oder aber

2) wenigstens in der auf der Thatsache beruhenden Meinung stehe, einen unanfechtbaren Rechtsgrund für sich zu haben.

Nach dieser Erklärung ist also derjenige nicht redlicher Besitzer, welcher zwar den Besitz durch die Uebergabe des dispositionsfähigen, für den wahren Eigenthümer geachteten Vorbesitzers erworben, aber wegen eines Mangels in der positiv vorgeschriebenen äußern Form des die Uebergabe veranlassenden Rechtsgeschäfts nicht das civilrechtliche Eigenthum erlangt, also namentlich der, welcher ein Im-

Digitized by Google

mobile durch mündlichen Vertrag erworben hat: denn diesem kann es nur durch einen Rechtsirrthum, also nicht ohne sein Verschulden unbekannt seyn, daß sein Titel kein Eigenthum, d. h. keinen rechtmäßigen Besitz in dem von Bornemann angenommenen Sinne begründen könne. Eben so ist derjenige nicht als redlich zu behandeln, welcher sich, etwa weil er sich des Acts der Besitzerwerbung nicht genau erinnert, von dem eigentlichen Grunde seines Besitzes keine Rechenschaft zu geben, und also für dessen Rechtmäßigkeit anders nichts, als eben das Bestehen des Besitzes selbst anzuführen weiß; denn wenn zur Redlichkeit Thatsachen, welche die positive Meinung des Rechts begründen, gefordert werden, dann müssen das natürlich Thatsachen seyn, welche außer dem Besitze liegen; sollte die gesetzliche Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes auch den Glauben des Besitzes selbst rechtfertigen, dann wäre mit jener Anforderung nichts gefordert.

Redlicher Besitz ist hiernach vielmehr im Wesentlichen identisch mit dem Usucapionsbesitz (possessio civilis) des Römischen Rechts, wenn hiebei die Zulässigkeit des titulus putativus vorausgesetzt wird.

Einen mindern Grad von Redlichkeit erkennt Bornemann nur an bei der dreißigjährigen Acquisitivverjährung. Mit Unterholzner a. a. O. und den Revisoren des Allg. Landrechts bezeichnet er sie als die redliche Meinung, welche ohne alle weitere Begründung und Rechtfertigung so lange vermuthet wird, bis das Gegentheil derselben dargethan wird. Diese Erklärung ist indeß grade in Beziehung auf das

Digitized by Google

Landrecht, welches ja für die Redlichkeit überall die Vermuthung streiten läßt (§. 179. I. 7.), gar unbestimmt, und kann wenigstens die von Bornemann ohne sonstige Begründung beigefügte nähere Bestimmungen, welche freilich aus andern Gründen größten Theils richtig sind, nicht rechtfertigen. Die Redlichkeit soll hier z. B. bei dem mündlichen Vertrage, so wie überhaupt allenthalben angenommen werden, wo nur der Besitz mit dem Willen des vermeintlich Berechtigten, wenn auch aus einem zur Erwerbung des Eigenthums nicht geschickten Titel ergriffen ist. Allein, wenn diesen Besitzern nicht überhaupt Redlichkeit im Sinne des Landrechts beizulegen ist, dann ist ja das Gegentheil ihrer vermutheten Redlichkeit klar dargethan, sobald es nur feststeht, daß sie ihren Titel und dessen Beschaffenheit kennen. Dieser mindere Grad der Redlichkeit ist, wie gesagt, nur ausnahmsweise bei der Verjährung zugelassen. Es würde also der zuerst aufgestellte allgemeine Begriff überall, wo sonst von Redlichkeit die Rede ist, festzuhalten seyn, und es würde sonach, da das Landrecht jeden nicht redlichen Besitzer als unredlich behandelt, der Besitzer ohne eine solchergestalt begründete Ueberzeugung von seinem wirklichen Rechte nicht nur nicht die Rechte des redlichen Besitzers, sondern auch in Ansehung der Früchte, Deteriorationen ꝛc. die Verantwortlichkeit des unredlichen Besitzers haben. Mögte das auch vielleicht nicht ganz Bornemanns Meinung entsprechen, dann haben wir doch diese Folge seiner Begriffsbestimmung hervorheben wollen, weil durch den Gegensatz das Folgende um so klarer seyn wird.

Nach meiner Ansicht nämlich, um diese gleich daneben

Digitized by Google

zu stellen, hat die Redlichkeit, welche nach dem Allg. Landrechte die dreißigjährige Verjährung begründet, nichts Abweichendes; sie fällt unter den allgemeinen Begriff; aber dieser ist grade ungefähr das, was Bornemann bei jener Verjährung als Redlichkeit bezeichnet. Sie ist nur eine negative Beschaffenheit des Besitzes: Verneinung der Unredlichkeit; redlich ist jeder Besitzer, welcher nur nicht weis, daß er unrechtmäßig besitzt; unrechtmäßig aber ist in diesem Betracht nicht jeder Besitz, mit welchem nicht wirkliches civilrechtliches Eigenthum verbunden ist, sondern nur der, bei welchem der animus rem sibi habendi den Rechten eines andern verletzend entgegentritt (was insbesondere, wie unten gezeigt werden wird, bei dem mündlichen Vertrage über ein Immobile nicht der Fall ist), so daß sich bestimmter die Unredlichkeit als das Bewußtseyn der Widerrechtlichkeit des Besitzes, und die Redlichkeit als das Nichtwissen dieser Widerrechtlichkeit bezeichnen läßt. Der redliche Besitzer in diesem Sinne wird nur Ausnahmsweise als unredlich behandelt, wenn ihm durch sein eigenes Verschulden, durch error juris oder verschuldeten error in facto (§. 13 ff. l. 7.) die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes unbekannt geblieben ist. Darum ist freilich in der Regel jeder als unredlich zu behandeln, dem nachgewiesen werden kann, daß er bei der Ergreifung des Besitzes keinen dazu berechtigenden Grund für sich zu haben glauben konnte. Aber nichts desto weniger gilt der bestehende Besitz auch ohne eine positive begründete Ueberzeugung des Besitzers von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für redlich, d. h., der Umstand, daß der Besitzer sich eines

Digitized by Google

Rechtsgrundes seines Besitzes gar nicht bewußt ist, also zu seiner Rechtfertigung nichts anders, als eben den Besitz selbst, anführen kann, schließt die Redlichkeit nicht aus.[5]) Eine solche gegründete Ueberzeugung mit Hinsicht auf einen bestimmten Entstehungsgrund des Besitzes und insbesondere die Ueberzeugung, wirkliches civilrechtliches Eigenthum zu haben, ist nur da nöthig, wo sie, wie bei der Usucapion durch das Erforderniß des Titels geschehen, besonders im Gesetz verlangt wird. — Zur Rechtfertigung dieser Sätze Folgendes, wobei indeß wohl zu merken, daß nur von dem vollständigen Besitze körperlicher Sachen die Rede ist:

Bei dem einfachen Besitze in seiner allerersten Bedeutung, als Grundlage der Interdicte d. h. bei der nackten Thatsache der Detention mit animus res sibi habendi scheint man, wie bei jedem andern factum, in der fides des Besitzers nur dieses unterscheiden zu können, ob er weiß, oder nicht weiß, daß er mit seinem Besitze die Rechte anderer verletzt. Erst in weiterer Reflexion, wenn der Besitz in der Form Rechtens, insbesondere in Beziehung auf einen bestimmten Entstehungsgrund betrachtet wird, treten mannichfache Modificationen als bedeutend hervor, von denen nunmehr mit Uebergehung der Zwischenfälle des Zweifels und der culpa folgende auszuzeichnen seyn möchten:

1) der Besitzer weis, daß sein animus widerrechtlich

[5]) Leyser, medit. ad Pand. spec. 455. med. 1.

Digitized by Google

kommt auch in Betracht, als Rechte anderer verletzend und damit Verantwortlichkeiten des Besitzers bedingend, und grade diese Rücksicht scheint zunächst eine Unterscheidung der bona und mala fides des Besitzers hervorzurufen.

Der Besitz erzeugt theils Rechte auf Schutz gegen jeden Dritten (interdicta, publiciana actio), theils Rechte und Pflichten gegen den Eigenthümer insbesondere. — In ersterer Hinsicht kann es zunächst bei dem Schutz, den der Besitz als bloßer Besitz gegen widerrechtliche Eingriffe genießt, auf die fides des Besitzers gar nicht, sondern im Allgemeinen nur darauf ankommen, daß der Besitzer seinen Willen in die Sache gelegt und die Sache in seine Gewalt gebracht habe, und dieses nur nicht auf eine in Bezug auf den Gegner fehlerhafte Weise geschehen sey. — So im gemeinen Rechte bei den Interdicten und bei dem remedium spolii, und so auch im Allg. Landrechte. Das letztere hat jedoch §. 178. I. 7. einen Vorzug des redlichen Besitzers vor dem unredlichen statuirt; die Stelle beruhet wohl nur auf Gründen der Sittlichkeit, und deutet somit nur auf die Unterscheidungen der fides sub 1. und 2.; wir werden unten darauf zurück kommen.

Zur publiciana dagegen wurde bekanntlich eine begründete bona fides, possessio ad usucapionem, also die Modificationen sub 4. erfordert. — Wären die Grundsätze derselben unverändert in's Allg. Landrecht übergegangen, und wären sie nebst der Ersitzung die einzigen Punkte, bei welchen die fides des Besitzers in Betracht käme, dann würden wir Bornemanns Er-

Digitized by Google

klärung durchaus für richtig halten müssen. Aber die Betrachtung der Stellung des Besitzers zum Eigenthümer führt zu einem Andern. Sein Verhältniß zum Eigenthümer ist an sich ein einfaches; er muß diesem im Besitze dessen weichen, wovon ihm das Eigenthum zusteht. Es drängt sich hier jedoch gleich die Nebenfrage auf, wie weit der Besitzer für die Beeinträchtigung verhaftet sey, welche der Eigenthümer durch den bisherigen Besitz und die von dem Besitzer als solchen, vorgenommenen Dispositionen erlitten hat. Diese Verantwortlichkeit kann nicht füglich anders, als nach den Grundsätzen vom Schadensersatze beurtheilt, also aus dem Gesichtspunkte der widerrechtlichen, wissentlichen oder culposen Rechtsverletzung betrachtet [7]) und demgemäß nur denen auf-

---

[7]) Daß so auch im Allgemeinen Landrecht die Sache angesehen sey, ergibt ein flüchtiger Ueberblick der Bestimmungen über die vom unredlichen vollständigen Besitzer zu leistende Rückgewähr I. 7. §. 222 ff. in Vergleichung mit den Grundsätzen des Tit. 6. ib. Eins scheint indeß bei diesen Bestimmungen versehen zu seyn; dieses nämlich, daß in Rücksicht auf das Maaß der Verantwortlichkeit des Besitzers in §. 232. 139—242. u. a. nur der Unterschied zwischen dem unredlichen und dem unrechtfertigen, nicht auch der beachtet ist, zwischen dem wirklich unredlichen Besitzer und demjenigen, welcher durch ein eignes mäßiges oder grobes Versehen de facto irrt und nur deshalb als unredlich behandelt wird. (§. 13. h. t.) Zuverlässig ist das nicht Absicht, sondern nur ein Versehen. Denn der wenigstens, welcher nur aus mäßigen Versehen de facto irrt, kann nicht größere Verantwortlichkeit

Digitized by Google

gelegt werden, welche wissen, daß ihr Besitz die Rechte anderer verletzt, also sich positiv der Unrechtmäßigkeit ihres Besitzes bewußt sind, oder wenigstens durch eigene imputable Schuld diese Erkenntniß zu erlangen versäumt haben, also nur in dem Falle sub 1. Hier tritt also eine andere Unterscheidung der fides, und, wenn wir als den nicht verantwortlichen Besitzer den redlichen bezeichnen, gerade diejenige Bedeutung der Redlichkeit hervor, welche ich oben dem Allg. Landrechte beigelegt habe, d. h. die bloße Verneinung der Unredlichkeit sub 1. Bei dem, welcher sich gar keinen Grund seines Besitzes anzugeben weis, (welcher Fall uns jedoch hier nicht eigentlich unmittelbar interessirt) könnte man geneigt seyn, eine culpa anzunehmen; aber das würde zu weit gegangen seyn. Allerdings, wer bei der Ergreifung des Besitzes einer bisher ihm nicht gehörigen Sache keinen bestimmten Rechtsgrund für sich zu haben glaubt, der würde sich, wie oben schon angedeutet, Verantwortlichkeit aufladen. Davon ist aber der Fall verschieden, wenn sich der Besitzer von dem Rechtsgrunde eines bereits bestehenden Besitzes keine Rechenschaft geben kann, ein Fall, welcher zwar, seitdem das Allg. Landrecht das Erbrecht zu einem Titel erhoben hat, nicht mehr so häufig, wie unterm Römischen Rechte, aber dennoch, namentlich

---

haben, wie der de jure Irrende, und es läßt sich aus den Grundsätzen des Tit. 6. leicht erkennen, daß er durchgängig in den Fällen der oben angeführten Paragraphen nur die Verbindlichkeiten haben könne, welche darin dem unrechtfertigen Besitzer auferlegt sind.

Digitized by Google

bei Mobilien, Servituten ꝛc. nicht eben selten vorkömmt. Die Fortsetzung eines solchen Besitzes kann dem Besitzer auf keine Weise zur Schuld angerechnet werden; er darf vermöge der natürlichen Freiheit seine thatsächliche Herrschaft über die Sache fortsetzen, bis er von dem entgegenstehenden Rechte eines neuern Kenntniß erlangt, er darf sich selbst zutrauen, daß er den Besitz nicht auf eine unrechtmäßige Weise sich angeeignet, daher die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzers, welche auch den eignen Glauben des Besitzers rechtfertigen muß, so lange nicht besondere Gründe ihn von der Unrechtmäßigkeit überzeugen. — So in Ansehung der Verantwortlichkeit!

Rechte gegen den Eigenthümer hat der bloße Besitzer ursprünglich keine, als etwa die, welche rücksichtlich seiner Auslagen auf die Sache aus einer versio in rem herzuleiten sind, und wenn auf deren Umfang die fides des Besitzers von Einfluß seyn muß, dann liegt das zum einen Theil darin, daß der Besitzer wissentlich auf eine fremde, nicht vom rechtmäßigen Besitzer ihm zur Disposition gestellte Sache Auslagen macht und es fällt zum andern Theile ganz unter den Fall der Verantwortlichkeit, nämlich in Ansehung derjenigen Unterhaltungskosten, welche, wenn die Sache dem Eigenthümer rechtzeitig zurückgegeben wäre, nicht nothwendig geworden seyn würden, deren Nothwendigkeit also von dem Besitzer in demselben Grunde verschuldet wird, in welchem ihm bei dem Besitze überhaupt eine Schuld zur Last fällt; sonach hat in diesem Betracht die Redlichkeit und Unredlichkeit dieselbe Bedeutung, wie in Ansehung der Ver-

Digitized by Google

antwortlichkeit des Besitzers. — Geht dagegen das Gesetz weiter und verleiht, wie das Allg. Landrecht, dem redlichen Besitzer besondere aus der Natur der Sache nicht hervorgehende Rechte, in Ansehung des Fruchtgenusses, der Auslagen, der Verjährung ꝛc., dann ist es allerdings gedenkbar, daß es zur Erlangung des einen oder andern dieser Rechte nicht blos diesen mindern, sondern einen der höheren Grade der Redlichkeit, eine begründete bona fides verlange, wie denn das Allg. Landrecht zur ordentlichen Ersitzung den höchsten Grad, nämlich die auf einen wirklichen[8]) Titel gegründete Ueberzeugung, volles civil-

---

8) Wenn man auch zugiebt, daß bei der ordentlichen Ersitzung der Titel nicht eigentlich als ein für sich bestehendes Erforderniß, sondern nur als Begründung der bona fides anzusehen sey, dann ist man darum noch nicht genöthigt, mit den meisten Römischen Juristen einen titulus putativus dann, wenn Thatumstände den Besitzer die wirkliche Existenz eines Titels vermuthen lassen, ungeachtet wirklich gar kein Titel existirt, als zureichend zur Usucapion anzunehmen. Es hängt immer wieder von der Entscheidung des Gesetzgebers ab, welchen Grad von Ueberzeugung der Besitzer über die Rechtmäßigkeit seines Besitzes gehabt, ob er sich volle Gewißheit über die Existenz eines Titels verschafft haben, oder ob eine Vermuthung dafür genügen soll. Selbst die Römischen Juristen waren hierüber nicht durchaus einig, und die ältere deutsche Praxis dem titulus putativus keineswegs sonderlich hold. Das Allgem. Landrecht fordert einmal unbedingt den Titel und scheint sogar durch die schärfere Betonung dieses Erfordernisses in §. 591. I. 9. grade den titulus putativus verwerfen gewollt zu haben; man muß muß deshalb auch mit Vor-

Digitized by Google

rechtliches Eigenthum erlangt zu haben, erfordert. Aber es hängt das von dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers ab, und es hebt jedenfalls nicht die Bedeutung jenes mindern Grades der Redlichkeit auf.

Sehen wir hiernach das Allg. Landrecht näher an, dann ist es bemerkenswerth, daß in dem ganzen Titel vom Besitze die fides vorzugsweise in Bezug auf die Stellung zum Eigenthümer zur Sprache kommt, und daß diese im Wesentlichen aus dem eben angedeuteten Gesichtspunkte beurtheilt wird, ferner daß das Landrecht von dem, welcher sich auf bloße Redlichkeit beruft, nicht den Nachweis eines Grundes für seinen guten Glauben fordert (welchen das gemeine Recht überall, wo es auf eine begründete bona fides, nämlich bei der usucapio und der publiciana ankam, verlangte) sondern nach §. 179. I. 7. die Vermuthung für die Redlichkeit streiten läßt. Schon darnach darf vermuthet werden, daß es unter Redlichkeit nichts verstehe, als was ich oben angegeben, nur die Verneinung wissentlicher Widerrecht-

---

nemann a. a. O. Bd. II. S. 180. den titulus putativus für unzureichend halten. — Dagegen versteht es sich von selbst, daß auch ein wegen ermangelnder gehöriger Vollziehung nichtiger Titel genüge, wenn das Mangelnde nur wegen besonderer, dem Besitzer unbekannter Umstände erforderlich war; es muß genügen, wenn das fragliche Rechtsgeschäft unter den vom Besitzer vorausgesetzten Umständen Eigenthum übertragen konnte. Wer also von einem Minderjährigen kauft, den er ohne schuldbares Versehen für großjährig hielt, dem schadet die mangelnde höhere Genehmigung nicht.

Digitized by Google

lichkeit! Dieses ist denn in dem Betracht, daß der Mangel einer positiven Rechtfertigung für die Annahme eines Rechtsgrundes die Redlichkeit nicht ausschließe, deutlich ausgesprochen. Ganz der Sache angemessen gibt das Landrecht kein positives Criterium, überhaupt keine Definition der Redlichkeit, sondern nur der Unredlichkeit. Der §. 11. h. t. erklärt den für unredlich, welcher weiß, daß er keinen gültigen Titel besitzt, abgesehen von den Fällen der culpa in §. 12. ff. ib., wozu auch die Unrechtfertigkeit gehört, ist ein Zwischengrad zwischen dieser Unredlichkeit und der Redlichkeit nicht gedenkbar, weil sonst die ganze Lehre von der Rückforderung einer Sache (§. 188 ff.) eine offenbare Lücke enthalten würde, redlich ist also der Regel nach jeder, der nicht unredlich ist, der nur ohne sein Verschulden nicht weiß, daß er gar keinen oder keinen gültigen Titel hat. — Ein ausdrückliches Anerkenntniß dessen liegt im §. 39. l. 15.; für diejenigen ferner, welche bei der ordentlichen Ersitzung einen titulus putativus zulassen, folgt dasselbe daraus, daß hier neben der Redlichkeit eine besondere Begründung derselben (Titel) gefordert wird; läge dieselbe schon im Begriffe der Redlichkeit, dann könnte davon nicht die Rede seyn; deutlich spricht es sich endlich aus in demjenigen, was Suarez über den Grund der dreißigjährigen Acquisitiv-Verjährung äußert, und es ist ganz klar, daß er hier nicht unter bona fides etwas anders verstanden habe, als was er überall darunter verstanden wissen wollte. Wenn nun auch das Allg. Landrecht den redlichen Besitzer sehr begünstigt, dann versteht es sich doch von selbst, daß wir nicht unterscheiden dürfen,

Digitized by Google

wo das Gesetz nicht unterscheidet, daß wir also diese Bedeutung der Redlichkeit als die allgemeine festhalten, und dem redlichen Besitzer im obigen Sinne durchaus alle Rechte zugestehen müssen, zu denen das allgemeine Landrecht nichts als eben Redlichkeit erfordert.

Dieses ist indeß zunächst nur entscheidend für die Redlichkeit bei der ersten der obgedachten Modificationen der fides[9]) noch nicht für den dritten Fall, worunter unsere besondere Frage über den mündlichen Vertrag fällt. Man kann diesen dritten Fall ganz füglich in speciellem Bezug auf mündliche Verträge über Immobilien betrachten,

---

[9]) Und das ist allerdings für die Praxis nicht von großer Bedeutung. Wenn dem Besitzer die Entstehung seines Besitzes und seiner Mitwirkung dabei genau nachgewiesen werden kann, und wenn es dabei constirt, daß er auch damals keinen Rechtsgrund für sich zu haben glauben konnte, dann wird sich daraus seine wirkliche Unredlichkeit ergeben, und wenn dieser Nachweis nicht erbracht werden kann, dann streitet nach §. 179. I. 7. für die Redlichkeit die Vermuthung, man mag nun unter dieser Redlichkeit verstehen, was man will. Aber es führt dennoch zur Verwirrung der Begriffe, bei der Frage über die Redlichkeit, als der Beschaffenheit des bestehenden Besitzes, nur die Entstehung desselben im Auge zu halten, auch würde man immerhin nach der Erklärung Bornemann's denjenigen als unredlich behandeln müssen, welcher sich etwa nicht darauf beschränkte, die Angabe eines Titels zu verweigern und sich auf die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit zu berufen, sondern offenherzig eingestände, daß er sich jetzt eines Rechtsgrundes nicht bewußt sey, auch für dessen Annahme gar keine besondere Gründe habe.

Digitized by Google

weil er nur hier und bei ganz ähnlichen Verhältnissen eintreten kann.

Einen gültigen Titel im strengen Wortsinne nun läßt sich der mündliche Vertrag nicht nennen, nach den Worten des §. 11. h. t. dürfte man daher den Erwerber nicht als redlich ansehen. Die Stelle hat indeß gerade in diesem Betracht schon mehrfachen Tadel gefunden, und ich trage kein Bedenken, hier gegen den anscheinenden Sinn derselben Redlichkeit anzunehmen. Wenn das Landrecht nach dem bisherigen die Redlichkeit zunächst blos als Verneinung der verantwortlichen Unredlichkeit auffaßt, dann muß es eine solche Redlichkeit bei jedem annehmen, dessen Besitz auch nur in dem Sinne rechtmäßig seyn kann, daß er nicht anderer Rechte verletzt. Wenn nicht als redlich, dann müßte er nach dem Allg. Landrechte überall als unredlich behandelt werden, und das scheint in Ansehung der Verantwortlichkeit des unredlichen Besitzers z. B. wegen Deteriorationen ꝛc. kaum möglich. Daß aber ein rechtmäßiger Besitz in diesem Sinne bei dem mündlichen Verträge über ein Immobile statt finde, ist oben schon gezeigt. Es ist hier auch nicht etwa, wie bei dem precarium, überhaupt der verliehenen Gewahrsam und dem unvollständigen Besitze, blos die augenblickliche Detention rechtmäßig, sondern es ist selbst der animus domini nicht widerrechtlich. Daß zu dessen Rechtfertigung nicht die Möglichkeit, sich civilrechtliches Eigenthum zuzuschreiben, erforderlich sey, ist schon aus dem ältesten Römischen Rechte bekannt; es hätte ja sonst eine durch nuda traditio erworbene res mancipi nicht usucapirt werden können; eben so

Digitized by Google

ist es in unserm Rechte; denn man bezweifelt ja die Redlichkeit dessen nicht, der ein Immobile durch einen schriftlichen, aber nur privatim unterschriebenen Vertrag erworben hat, ungeachtet auch er sich noch kein Eigenthum zuschreiben kann. Diese Fälle unterscheiden sich von den unsrigen zwar dadurch, daß dort das vorhergehende Rechtsgeschäft persönlich verbindlich ist, und der vindicirende Veräußerer selbst durch die exceptio rei venditae et traditae zurückgewiesen werden kann; aber diese Unterscheidung ist hier, wo es sich nur von der allgemeinen, und nicht von der zur Usucapion befähigenden besonders qualificirten Redlichkeit handelt, keineswegs so wesentlich, wie es scheinen möchte. Der animus domini besteht nicht in der Vorstellung, wirklicher dominus zu seyn; sondern in dem Willen, über die Sache diejenige unbegränzte Herrschaft, welche im dominio liegt, selbstständig auszuüben. Das aber darf der rechtlich wollen, dem ein Immobile auf Grund eines mündlichen Vertrages tradirt wird; denn es entspricht dem an und für sich rechtsgültigen Willen des Uebertragenden, der sich seiner eigenen Herrschaft thatsachlich entschlägt. Unser Contrahent erwirbt sogar ein Recht dazu, in der That ein wirkliches natürliches Eigenthum (die wahre possessio), welches so lange dauert, bis der eine oder andere das Geschäft aufruft. Der eigentliche Inhalt des Eigenthums ist ja nur die Befugniß, auf die Sache selbst als einen Gegenstand in der äußern Natur nach Willkühr thätig und ausschließlich einzuwirken. Die Dispositionsfähigkeit und Dispositionsbefugniß des Uebertragenden vorausgesetzt, hat unser Contrahent dieses Recht wirklich, und er hat

Digitized by Google

es nicht als ein abgeleitetes, Namens des Uebertragenden auszuübendes, sondern als ein eigenes Recht. Wem z. B. ein Haus mündlich verkauft und tradirt wird, der darf dasselbe unbedenklich niederreißen, er macht sich dadurch dem Uebertragenden in keiner Weise verantwortlich, er kann nur hinterher dadurch verantwortlich *werden*, daß er selbst vom Geschäfte abgeht. Sein Recht ist gegen jeden, und selbst gegen den Uebertragenden in so fern ausschließlich, als dieser einzelnen Dispositionen des Erwerbenden zu widersprechen, Dispositionsbeschränkungen zu beantragen ꝛc., gar nicht befugt ist, so lange er nicht ganz vom Geschäfte zurücktritt, die Sache zurückfordert und dadurch die bisher bestandene Herrschaft des andern über die Sache überhaupt widerruft. — Das allgemeine Landrecht erkennt dieses gerade dadurch an, daß es dem Erwerbenden die Rechte des redlichen Besitzers gegen den Uebertragenden einräumt.[10]) Es wird leicht übrigens erkannt, daß und wie sich unser Fall von den andern unterscheidet, wenn das Geschäft ungültig ist, nicht blos wegen eines Mangels in der *äußeren* Form, wegen der mangelhaften *Aeußerung* des an sich rechtsgültigen Willens, sondern wegen Mangels des gültigen Willens selbst, z. B. beim unregelmäßigen Verkaufe eines Mündelsguts; der Besitzer, welcher diesen Mangel kannte, ist unbedingt unredlich, weil auch nicht einmal sein *Besitz* mit der gültigen Einwilligung des Vorbesitzers besteht.

Mit dieser Entwickelung läßt sich auch allenfalls der §. 11. h. t. wohl vereinigen; nach dessen Verbindung mit dem §. 10. ib. soll offenbar die Unredlichkeit

[10]) Vgl. die Aeußerung von Suarez bei Bornemann Bd. II. S. 483.

Digitized by Google

in das Bewußtseyn der Unrechtmäßigkeit des Besitzes gesetzt, die Rechtmäßigkeit erfordert aber nun in der Regel wirkliches Eigenthum; auch in unserm besondern Falle ist sie nicht zu bezweifeln, wie dann auch Bornemann in anderer Beziehung selbst annimmt, daß sich das Allg. Landrecht des Ausdrucks Rechtmäßigkeit bediene, ohne an wirkliches Eigenthum zu denken. (a. a. O. Bd. I. S. 524) Die oben gegebene Erklärung der Redlichkeit möchte hiernach gerechtfertiget seyn, und so werden wir also unserm Contrahenten alle Rechte, welche dem redlichen als solchem beigelegt sind, zugestehen dürfen, gleichviel, ob er das Erforderniß der schriftlichen Abfassung gekannt hat oder nicht. Bei den meisten dieser Rechte würde sich das noch auf andere Weise, z. B. durch Vergleichung mit dem unvollständigen Besitzer, rechtfertigen lassen. Das würde aber zu weit führen; ich habe ohnehin vielleicht schon den Vorwurf zu fürchten, über diesen Gegenstand zu viel gesprochen zu haben, was mich jedoch nicht abhalten darf, folgende specielle Bemerkungen nachzuholen:

1. zu §. 628 I. 9. Das Allg. Landrecht enthält nicht die entfernteste Andeutung, daß es bei der dreißigjährigen Acquisitivverjährung etwas anderes unter der Redlichkeit verstanden habe, als was überall darunter zu verstehen ist. Es würde deshalb auch eine Willkühr seyn, einen solchen Unterschied anzunehmen, und insbesondere im Falle des mündlichen Vertrages über ein Immobile jene Verjährung zuzulassen, sofern nicht hier dem Erwerbenden Redlichkeit überhaupt beizulegen ist. Der §. 628. cit. enthält eine solche Andeutung nicht,

Digitized by Google

denn der einfache, vollkommen richtige Sinn dieser Stelle ist augenscheinlich nur der: „weil zu dieser Verjährung außer dem vollständigen Besitze nur Redlichkeit, nicht Titel erforderlich, derjenige aber, dessen ursprünglicher Titel nicht zur Erwerbung des Eigenthums geschickt gewesen, wenigstens nicht in einer schlechtern Lage sey, wie der andere, welcher gar keinen Titel habe, so verstehe es sich von selbst, daß der Nachweis einer solchen Mangelhaftigkeit des ursprünglichen Titels der Verjährung nur in sofern schaden könne, als dadurch zugleich die Unredlichkeit erwiesen werde.“ Damit ist natürlich nicht gesagt, daß man hier unter der Redlichkeit etwas besonderes verstehe. Aber die Stelle steht mit dem eben entwickelten Begriffe der Redlichkeit in vollkommenen Einklang. Denn gerade weil die Redlichkeit nur in dem unverschuldetem Nichtwissen der Widerrechtlichkeit des Besitzes besteht, so folgt in der Regel daraus, daß der Titel an sich nicht zur Erwerbung des Eigenthums geschickt war, gar nicht die Unredlichkeit. Damit diese anzunehmen, muß vielmehr erstens der Titel so beschaffen seyn, daß er auch nicht einmal einen rechtmäßigen vollständigen Besitz, wie solcher bei dem mündlichen Vertrage über ein Immobile möglich ist, begründen konnte, und es muß zweitens der Besitzer die Beschaffenheit des Titels genau gekannt und es gewußt haben, daß darauf sein Besitz beruhe; dies muß daher, sofern es sich nicht aus der Erörterung über den Titel von selbst ergibt, nachgewiesen werden, man denke hiebei nur z. B. an den Fall einer Besitzerwerbung durch Stellvertreter.

Uebrigens ergiebt sich aus jener Erklärung des §. 628 cit.

Digitized by Google

zugleich, daß dadurch auch nicht eine Abweichung von den Bestimmungen des § 13. und 14. l. 7. gegeben, also nicht der unrechtfertige und der wegen eines verschuldeten Irrthums in facto als unredlich zu behandelnde Besitzer zu dieser Verjährung zugelassen sey. Wegen der Verwandtschaft dieser Verjährung mit der Extinctiv-Verjährung ist es zwar nicht unwahrscheinlich, daß die Redactoren ein anderes gewollt haben, aber, wie die Sache liegt, ist man nicht berechtigt, von den ausdrücklichen Bestimmungen des §. 13. und 14. cit. abzugehen.

2. zu §. 178. l. 7. Der unredliche Besitzer soll immer dem redlichen weichen. Diese wohl getadelte Stelle ist freilich schlecht gefaßt, weil nicht zwei zugleich besitzen können; ihr Sinn aber kann eben darum kein anderer seyn, als der, daß der unredliche Besitzer dem frühern Besitzer, dem die Sache ohne seinen gültigen Willen entzogen ist, weichen soll, und zwar blos des bessern Glaubens wegen, ohne Rücksicht auf sein Recht zum besitzen. Auch nach dem Allg. Landrechte kann der Besitzer blos seines Besitzes wegen die seinem Gewahrsam entzogene Sache nur von dem Inhaber, und von dem, welcher sie ihm auf eine fehlerhafte Weise, durch Gewalt, List, heimlich entzogen hat, zurückfordern; und, da dergleichen Handlungen nach §. 98 ff. § 122 h. t. den Besitz nicht aufheben, so kann man sagen, der Besitz an sich giebt nichts, als den Schutz gegen Störungen, so lange er dauert. Wenn also z. B. jemanden eine Sache, welche er zwar bona fide vollständig besitzt, worauf er aber in der That kein Eigenthum, und, sofern man die

Digitized by Google

Grundsätze der actio publiciana im Landrechte zu finden glaubt, nicht einmal einen titulirten Besitz hat, entwendet und von dem Entwendenden weiter veräußert wird, so kann er sie von dem dritten Besitzer nicht wieder einfordern. Das ist nun freilich der Natur des Besitzes gemäß, aber es widerspricht jenem Geiste der Sittlichkeit, welcher das Landrecht durchdringt, in dem Falle, wenn der Dritte unredlich besitzt, insbesondere, wenn er grade die widerrechtliche Ergreifung von Seiten seines Auctors kennt und sich so derselben gewissermaaßen theilhaftig macht. Ohne Zweifel ist aus einer derartigen Erwägung der §. 178 cit hervorgegangen, und weil hier sonach dem redlichen Besitzer nicht aus eigentlich civilistischen, sondern vielmehr aus sittlichen Gründen der Vorzug vor dem unredlichen eingeräumt ist, so scheint es auch hier nur darauf ankommen zu können, daß der eine die Widerrechtlichkeit seines Besitzes kennt oder kennen muß, und der andere sie ohne sein Verschulden nicht kennt, so daß auch diese Stelle der obigen Entwickelung in keiner Weise entgegensteht. Die Stelle kömmt unbedenklich auch unserm Contrahenten zu Statten

3. zu §. 26. I. 15. Wenn das mündlich veräußerte Immobile später von einem Dritten vindicirt wird, kann unser Contrahent wegen der Redlichkeit seines Besitzes von dem Vindikanten die Erstattung des gezahlten Erwerbspreises verlangen? Ich glaube, nein! Das Recht soll der haben, welcher die Sache durch lästigen Vertrag an sich gebracht hat; es fordert seiner Natur nach die Beziehung auf einen bestimmten Erwerbsgrund, es gebühret nicht dem redlichen Besitzer,

Digitized by Google

als solchem, sondern dem redlichen Erwerber, es ist ihm gegeben, als eine besondere nicht-ausdehnend zu erklärende Begünstigung; darum mag man es auch nur dem zugestehen, welcher sich den Erwerb des wirklichen Rechts auf die Sache des Eigenthums zuschreiben konnte, also wenigstens einen seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrag geschlossen hat [10])

Im Uebrigen werden, wenn nach dem Vorstehenden die Redlichkeit unseres Contrahenten anzunehmen ist, die meisten speciellern Fragen über seine Rechtsverhältnisse gegen Dritte im Einzelnen wenige Schwierigkeiten haben. Ich wiederhole nur noch, daß er ungeachtet seiner Redlichkeit natürlich nicht als titulirter Besitzer anzusehen ist, woraus dann folgt, daß ihm nicht nur nicht die ordentliche Ersitzung zusteht, sondern daß er auch nicht die actio publiciana haben und nicht gegen eine solche Klage sich würde schützen können, wenn dieselbe, wie gewöhnlich angenommen wird, überhaupt nach dem Allg. Landrechte Statt fände. Letzteres ist jedoch noch nicht so ganz klar; die Zweifel dagegen müssen indeß besonderer Erörterung vorbehalten werden.

Was endlich den letzten der oben im Eingange be-

---

10) Beiläufig die Frage: sollte der Ankäufer eines Grundstücks, dessen Hypothekenbuch noch gar nicht regulirt ist, von dem Vindicanten die Erstattung des Kaufpreises fordern können, wenn er es versäumt hat, seinen Auctor dazu anzuhalten, daß er sich vorher nach Vorschrift des §. 6. I. 10. beim Hypothekenbuche als den rechtmäßigen Besitzer ausweise?

Digitized by Google

rührten Punkte, die Unterbrechung der Usucapion und die accessio temporis angeht, so wird sich gegen die dort gezogene Consequenz schwerlich etwas einwenden lassen, wenn man die Bestimmung des §. 601. I. 9. des A. L. R.:

„was den Besitz unterbricht, das unterbricht auch die darauf sich gründende Verjährung,"

strenge wörtlich nimmt.

Allein

„de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate,"

sagt Scaevola in l. 14. pr. D. de divers. temp. praescr. Demgemäß kommen dann auch von der Regel, daß die Unterbrechung des Besitzes auch die Verjährung aufhebe und ein Zusammenrechnen der Zeiten nur dann, wenn die auf einander folgenden Besitzer beiderseits in conditione usucapiendi gewesen sind, Statt finde, im corpus juris mannichfache Ausnahmen vor, so wird z. B. die Verjährung nicht für unterbrochen geachtet, vielmehr accessio temporis gestattet:

a) wenn Jemand ohne Auftrag, blos als negotiorum gestor, die Sache, welche der dominus negotii im Usucapionsbesitz hatte, veräußert, und letzterer erst später die Veräußerung genehmigt:

l 14. cit. §. 4.

b) Wenn der Besitzer die Sache verkauft und tradirt, dann aber in Folge der rehibitoria wieder erhält:

l. 13. §. 2. D. de acquir. v. amit. possessione:

„quoniam ea conditio proprie dici non potest."

L. 19. D. de usurpationibus.

Digitized by Google

c) Wenn er einem andern den Besitz precario eingeräumt hat (was bekanntlich nach Römischen Recht possessio erzeugte) sofern er nur vor der Vindication den Besitz wieder erlangt hat.

L. 13. cit. §. 7.

Dem Falle sub a. ist der Fall, wenn der mündliche Vertrag später in gültiger Form vollzogen wird und den Fällen sub b. und c. der andere Fall, wenn der mündliche Vertrag wieder aufgehoben und das Immobile zurückgenommen wird, ziemlich gleich. Die Römischen Juristen scheinen von der Idee ausgegangen zu seyn, daß man eine Fortsetzung des ersten Besitzes annehmen müsse, wenn der nachfolgende Besitzer den Grund seines Besitzes lediglich in die Einräumung des Vorgängers setze und entweder er selbst mit Aufhebung des in der Mitte liegenden Geschäfts die Sache zurückgegeben, wie bei der rehibitoria, oder der Besitz von vorne herein auf eine Weise eingeräumt sey, bei welcher es sich von selbst verstanden, daß die Fortdauer des neuen Besitzes von der Willkühr des Einräumenden oder von einem künftigen Ereignisse abhing, wie bei dem Verkauf durch den negotiorum gestor, dem precarium und der conditio resolutiva. Dürfen wir die allgemeinen Regeln, welche das Allg. Landrecht aus dem Römischen Rechte übernommen hat, im Geiste des Römischen Rechts auffassen, dann würde es sich vertheidigen lassen, daß man auch in unserm Falle, es mögen die Partheien den mündlichen Vertrag wieder aufheben, oder später in gehöriger Form vollziehen, die von dem Veräußernden früher angefangene ordentliche Ersitzung für fortgesetzt geachtet und die Zeit-

Digitized by Google

binnen welcher der Erwerbende die Sache blos auf den Grund des mündlichen Vertrages besaß, angerechnet worden.

Hatte der Veräußernde nicht einen zur ordentlichen Ersitzung geeigneten Besitz, dann versteht es sich von selbst, daß der Erwerbende diese ordentliche Ersitzung nicht von der Tradition, sondern erst von der später erfolgenden förmlichen Vollziehung des Vertrags an beginnen kann.

Die vorstehenden Bemerkungen machen, wie ersichtlich, keinen Anspruch darauf, den Gegenstand erschöpft zu haben. Es wird auch schwer halten, hier alles auf's klare zu bringen, weil das Allg. Landrecht in seiner Theorie vom Besitz und von der Verjährung die Eigenthümlichkeit eines Besitzes, der gar nicht auf einem formell zur Erwerbung des wirklichen Eigenthums genügenden Titel beruht, aber dennoch mit dem Willen des früheren Besitzers besteht und insoweit nicht unrechtmäßig ist, zu wenig berücksichtigt hat. Vieles wird daher von der Revision der Gesetzgebung zu erwarten seyn. Vielleicht werden wir, damit nicht die Form das Leben erdrück, in dieser Materie einen ähnlichen Weg zu nehmen haben, wie die Römer mit dem in bonis. Eins dürfte man zuverlässig Gewinn nennen; wenn nämlich die Traditio auf Grund des mündlichen Vertrages für einen gültigen Titel zur zehnjährigen Ersitzung, wenigstens dem Veräußernden gegenüber, und in Bezug auf ihn sogar gegen den Inhalt des Hypothekenbuchs, erklärt, oder etwa die Convalescenz des mündlichen Vertrages durch einen bestimmten

Digitized by Google

Zeitverlauf angenommen würde; denn wenn irgendwo, dann ist die Verjährung mit der Wirkung zu rechtfertigen, daß sie den bloßen Mangel der Form einer Willenserklärung ergänze. Nach der jetzigen Gestalt des Pfandrechts hat in Bezug auf den Veräußernden sogar die dreißigjährige Verjährung noch Schwierigkeiten. Denn wenn auch nach dem Obigen der Besitz des mündlich Erwerbenden an und für sich zu dieser Verjährung geeignet scheint, dann besteht doch gegen den Veräußernden auch ein persönliches Rechtsverhältniß, und in diesem Betracht könnte man in Ansehung der bona fides in's Gedränge kommen, doch, seitdem der Zwang zur Besitztitelberichtigung aufgehört und somit der Geist der Hypothekenverfassung eine andere Richtung angenommen hat, werden vielleicht auch über die Form der Verträge und über die Wirkungen der traditio in Ansehung der Immobilien überhaupt andere Grundsätze angenommmen werden.

Digitized by Google

XXI.

1) Begründet allein schon ein Possessorienurtel gegen den succumbirenden Theil eine Klage zum Ersatze des durch die dem angeordneten Besitzstande zuwider eigenmächtiger Weise vorgenommenen Handlungen entstandenen Schadens und entgangenen Gewinns?

2) Gilt dieses auch namentlich für den Fall, wo der Besitzstand blos vorläufig auf Grund des §. 158, Thl. 1. Tit. 7. Allg. L. R. regulirt ist?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Fr. Th. Boele.

Das Stift Keppel stritt sich schon seit längerer Zeit mit den Erblehnträgern Gottfried Kahn und Heinrich Stein zu Hof Buchen um den Besitz des sogenannten Pfaffenwäldchens, eines ungefähr 4 Morgen großen Hochwaldes; es wurde jedoch erst im Jahre 1827 das possessorium summariissimum Seitens des Stifts angestellt, und diesem auch, weil der letzte ruhige Besitzstand nicht ermittelt werden konnte, durch Erkenntniß vom 3. October 1827, der Besitz einstweilen als demjenigen Theile, welcher dem andern am besten wegen

Digitized by Google

etwaigen Schadens gerecht zu werden im Stande sey, auf Grund des §. 158. Tit. 7. Thl. I. Allg. L. R., salvo petitorio, eingeräumt, und den Verklagten Störungen bei 20 Thaler Strafe untersagt. — Da indessen die Verklagten im Jahre 1831 es sich von Neuem beigehen ließen, dessen ungeachtet in dem Pfaffenwäldchen Holz zu fällen und zum Theil zu verkaufen, so veranlaßte dieses das Stift, auf Ersatz des durch diese Holzfällungen veranlaßten Schadens zu klagen, die Verbindlichkeit der Verklagten zum Schadens-Ersatz lediglich darauf gründend, daß diese dem Possessorien-Urtel vom 3. October 1827 zuwider Holzfällungen sich eigenmächtiger Weise erlaubt hätten.

Die Verklagten bestritten zunächst, daß das gewählte Fundament zur Anstellung der Civilklage auf Schadens-Ersatz genüge, und suchten sodann auch für sich den Eigenthumsbesitz nachzuweisen.

Das Gericht erster Instanz erkannte jedoch zu Gunsten des Klägers und verurtheilte die Verklagten zum Schadens-Ersatz.

In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt, daß schon aus der Qualität eines Erblehnguts folge, daß Verklagte ohne Consens Holz zu fällen nicht berechtigt, daß aber abgesehen hiervon den Verklagten gegen das im Besitze geschützte Stift der Beweis des Eigenthums obliege, daß sie dieses nicht nachgewiesen, sondern höchstens einen Besitz, über den aber schon im Vorprozesse rechtskräftig erkannt sey, dargethan hätten.

Auf die von den Verklagten gegen diese Entscheidung eingelegte Appellation erfolgte Reformatoria und Zurück-

Digitized by Google

weisung der Klage in angebrachter Art. — Die hieher gehörigen Gründe der Appellationssentenz sind im Wesentlichen folgende:

"Das Stift hat seine Klage lediglich auf das Possessorien-Urtel vom 3. October 1827 und auf die dagegen vorgenommene eigenmächtige Holzfällung der Verklagten gestützt, allein, Schaden und entgangenen Gewinn zu fordern, ist nur derjenige befugt, den ein Anderer widerrechtlicher Weise in seinen Rechten kränkt. Diesen Nachweis der erlittenen Kränkung kann Kläger aber auf das Possessorien-Urtel nicht gründen, welches nach §. 18. Tit. 31. Allg. G. O. l. lediglich den Endzweck hat, den Besitzstand zu reguliren, über das Recht aber so wenig entscheidet, daß sogar nach §. 19 l. c. derjenige, welcher in Possessorio obsiegt, vom Schadens-Ersatze dadurch nicht frei wird, wenn der Unterliegende demnächst in Petitorio obtiniren sollte. Die Vorschriften §. 146 seq. Tit. 7. Allg. L. R. l., auf welche der Kläger sich bezieht, und besonders die Beziehung des §. 148. auf den §. 28 seq. Tit. 6. A. L. R. l. erheben hiergegen gar nichts, — in ihnen ist nur gesagt, daß derjenige, welcher einem Andern den Besitz vitiose entzogen, oder ihn darin gestört habe, ohne Rücksicht auf besseres Recht, denselben restituiren muß, und daß dieser Anspruch, gleichwie der Anspruch auf Schadens-Ersatz, bei gestörtem Rechte, auf die Erben beider Theile übergeht. Es soll bloß der ruhige Besitzstand wieder hergestellt, und gegen diesen Antrag der Einwand, daß dem Störer ein besseres Recht zustehe, nicht gehört werden. Von

Digitized by Google

etwas Weiterem, von Ersatz des Schadens und entgangenen Gewinns ist nicht die Rede. Diese Vorschriften geben nur die Grundsätze an, auf welche der Possessorien-Prozeß gebauet ist, unrichtig aber ist die vom Kläger daraus gezogene Folgerung, daß die Verklagten ihren Schadens-Ersatz, ohne Rücksicht darauf, welche petitorischen Rechte denselben auf den streitigen Wald zustehen, zu leisten hätten. — Im vorliegenden Falle genügt auch das erwähnte Possessorien-Urtel um so weniger zur Begründung der Klage, indem dieses dem Kläger, weil der letzte ruhige Besitzstand nicht ausgemittelt war, den Besitz blos auf Grund des §. 158. Thl. I. Tit. 7. Allg. L. R. einstweilen eingeräumt. Im Uebrigen haben die Verklagten aber auch den behaupteten Eigenthumsbesitz ziemlich wahrscheinlich gemacht."

In Revisorio wurde jedoch durch Sentenz vom 14. April 1836 vom Königl. Geh. Obertribunal das erste Erkenntniß wieder hergestellt, und den Verklagten nur "der Anspruch auf Zurückerstattung für den Fall in quantum de jure vorbehalten, daß sie gegen das Stift das Eigenthum des Pfaffenwäldchens, oder des am 8. März 1831 darin befindlich gewesenen Holzes petitorisch auszuführen vermöchten." Die dem Revisions-Erkenntniß beigefügten Gründe lauten im Wesentlichen:

"Der Argumentation des Appellations-Richters war nicht beizustimmen. — Jedes zur Abwendung der Besitzstörungen von dem Richter gesprochene Possessorien-Urtel würde, im Interesse des Klägers, rein illusorisch seyn, wenn dem succumbirenden Theile es frei stehen

Digitized by Google

sollte, sich unter Preisgebung der angedrohten Ordnungsstrafe die Nutzungen des in Streit befangenen Grundstückes allenfalls mit Gewalt zuzueignen, und nun der Gegentheil, ungeachtet des ihm vom Richter gewährten Besitzschutzes, sein Eigenthum erst gegen den Störenden ausführen, also seinerseits nun auch noch petitorisch klagen müßte. Vielmehr ist es ganz eigentlich Mitzweck und nächste Wirkung des Possessorium-Prozesses, daß damit dem unterliegenden Theile für das hiernächstige Petitorium die Beweislast zugeschoben wird,*) wie solches auch aus dem §. 19. Tit. 31. der Proceß-Ordnung zu folgern ist. — Daß in dem vorliegenden Fall der Richter in Befolgung des §. 155. Tit. 7. Allg. L. R. I. bei befundener Zweifelhaftigkeit des letzten ruhigen Besitzstandes nur den einstweiligen Besitz dem klagenden Stift um deshalb zugesprochen hat, weil dasselbe für den Fall der Sucumbenz im Hauptprocesse eine größere Sicherheit gewähre, als die Verklagten ihm, kann in Beziehung auf die Frage über die Beweislast nichts ändern. Derjenige, welchem der Richter sey es aus diesem oder jenem gesetzlichen Grunde, den Besitz einmal zugesprochen hat,

*) Diese wichtige Behauptung kann der unterzeichnete Mitredactor schon hier nicht unwidersprochen lassen. Nach §. 18. A. G. O. I. 31. ist der Besitz nur interimistisch zuerkannt, kann schon mit dem ersten Erkenntniß in petitorio abgeändert werden. Es bestände also für die 2te Instanz eine verschiedene Beweislast! Offenbar hat hiernach das possessorische, nicht appellable, Erkenntniß keinen Einfluß auf die Beweislast, und im petitorischen Verfahren ist durch alle Instanzen zu erörtern, wer in Wahrheit der Besitz, somit die Freiheit von der Beweislast zugestanden. Gumm.

der muß sich auch hiernächst der Vorzüge dieses Besitzes zu erfreuen haben; dahin gehört aber nach §§. 179. 180 l. c. zunächst, daß er die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit dieses Besitzes für sich, und bei entstehendem Streite nicht er den Titel seines Besitzes anzugeben, und nachzuweisen hat. Auch sind die Verklagten nach §. 184 ibid. schon um deshalb, weil sie erwiesener Maaßen durch Gewalt den Besitz des Holzes dem Stifte entzogen, und sich zugeeignet haben, den Titel zu einem andern als diesem durch Gewalt sich zugeeigneten Besitz vorzugeben verbunden.

„Anlangend nun aber insbesondere das Recht des klagenden Stifts, von den Verklagten den Ersatz des, im Widerspruch gegen das ergangene Possessorien-Urtel gewaltsam sich zugeeigneten Holzes, zu fordern; so ist solches an sich schon die unmittelbare Folge der von den Verklagten unternommenen Handlung, und es bedarf zur Rechtfertigung des diesfälligen Anspruchs eines irgend sonstigen Fundaments gar nicht. „Ist der Besitz," so ist im §. 146 l. c. verordnet „obigen Vorschriften zuwider, mit Gewalt genommen worden, so muß ihm derselbe, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat, wiedergegeben werden. Unbedenklich konnte daher das klagende Stift von den Verklagten das gefällte Holz, wenn es noch in natura vorhanden gewesen wäre, zurückfordern, und mußte es auch wirklich insoweit es noch in natura vorhanden war, zurückgegeben werden. Eben so unbedenklich aber ist es, daß statt des von den Verklagten sich gewaltsam zugeeigneten oder abhanden gebrachten Holzes, dessen Geldwerth in die Stelle treten müsse. Sie können unmöglich durch

Digitized by Google

Steigerung ihrer verbotswidrigen Handlung der Restitution des gewaltsam Genommenen sich entziehen dürfen. Hieraus also folgt ihre Verbindlichkeit zur baaren Erstattung des dem Besitzer des Stifts entzogenen Holzes, und die ganze Klage erscheint nur als der Antrag auf Wiedereinsetzung in den gewaltsam entzogenen Besitz; ein Antrag, welcher nach §. 1. Tit. 31. P. O. sogar mit einem Theil des Possessorien-Verfahrens hätte verbunden werden können, wenn nicht zufolge des besondern Umstandes, daß das Holz schon abhanden gebracht worden, das Stift in Gemäßheit des §. 17 l. c. zu einer besondern Klage im gewöhnlichen Verfahren genöthigt gewesen wäre.

„Gegen diese, als die unmittelbare Folge ihrer gewaltsamen Handlung, eintretende Restitution konnten die Verklagten auch keineswegs mit dem Einwand sich schützen, daß das Holz ihr Eigenthum gewesen sey; abgesehen davon, daß ihnen nach obiger Ausführung, der volle Beweis für solche Behauptung obgelegen haben würde. Vielmehr konnten sie, um die Folge des gegen sie, ergangenen ersten Possessorien-Urtels abzuwenden, ein Anderes nicht thuen, als die ihnen vorbehaltene petitorische Klage anzustellen. Solches haben sie nicht gethan. In den jetzt hier vorliegenden Proceß aber gehörte diese Ausführung gar nicht, wie sie denn auch keineswegs im Wege der Wiederklage hier auf Anerkennung ihres Eigenthums geklagt haben. So lange sie nicht petitorisch das Eigenthum des Pfaffenwäldchens, oder doch das nutzbare Eigenthum an dem darin befindlichen hohen Holz erstritten haben, bleibt das Possessorien-Urtel mit allen seinen Wirkungen in voller Kraft, und das klagende Stift eben sowohl den Besitz, und damit zugleich auch die Nutzung der Sache, als die Erstattung der ihm entzogenen Nutzungen zu fordern berechtigt. Wenn daher in dem jetzigen Proceß die Instruction mit auf das Eigenthum des Pfaffenwäldchens gerichtet worden, so ist solches unnöthig geschehen und hätte solches dem petitorischen Hauptprocesse vorbehalten bleiben sollen.“

Digitized by Google

XXII.

1) Tritt bei einem Klassifikations-Urtel eine Rechtskraft der einzelnen Klassen ein; oder bilden sämmtliche Klassen in dieser Beziehung dergestalt ein Ganzes, daß es, abgesehen davon, auf die Stelle des Liquidats im Allgemeinen ankommt?

2) Wird bei solchen Hypotheken, die bereits unter der Herrschaft des gemeinen röm. Rechts entstanden sind, das Hypothekenrecht nach dem Rekognitionssysteme allein schon durch die Anmeldung konservirt?

3) Ist zu Verpfändungen von Paderbornschen Meyergütern der gutsherrliche Konsens unbedingt nothwendig?

(A. G. O. I. 50. §. 180. Verordnung v. 16. Juni 1820 §. 5. 6. Paderborn'sche Meier-Ordnung von 1765 §. 8. 10. 7.)

Rechtsfall, mitgetheilt von Fr. Th. Boele.

Bei dem Justus Reelsen'schen Kaufgelder-Liquidationsverfahren waren die Freiherrn von Brenken und von Imbsen mit den mehr als zweijährigen gutsherrlichen Gefällen in der Klassifikatoria erster Instanz in der V^ten Klasse angesetzt worden, obwohl ihnen das Recht der III^ten Klasse gebührte. Sie appellirten indessen nicht, weil verschiedene

Digitized by Google

andere Mitliquidanten in der VIten Klasse locirt waren, und sie nur ein Interesse nach Verhältniß der Masse dabei hatten, vor diesen ihre Befriedigung zu erhalten. Als die letztern jedoch, welche ebenfalls die IIIte Klasse forderten, in Folge der eingelegten Appellation in der Appellationssentenz auch wirklich an dieser Stelle locirt wurden, ergriffen jene das Rechtsmittel der Revision, wurden aber mit ihrer Beschwerde lediglich aus dem Grunde zurückgewiesen, weil sie einmal rechtskräftig in der Vten Klasse ständen.

Das Revisions-Urtel, worin auch noch zwei andere interessante, obwohl minder zweifelhafte Rechtsfragen entschieden sind, folgt im wörtlichen Abdruck.

In Sachen der, im Justus Reelsen'schen Kaufgelder-Liquidations-Prozesse in der zweiten resp. fünften Klasse angesetzten Freiherrn von Brenken zu Holthausen und Freiherrn von Imbsen zu Wewer, Liquidanten, jetzt Revidenten, wider die in der dritten Klasse angesetzten Gläubiger, namentlich: 1) den Hermann Manuel zu Etteln; 2) den Johannes Meschede zu Hamborn; 3) den Johann Knaup zu Etteln; 4) den Wilhelm Spiekermann daselbst; 5) den Martin Krahn daselbst; 6) den Christoph Menke daselbst; 7) den Hermann Krenke in Paderborn; 8) den Jacob Schaefer in Etteln; 9) den Conrad Toelle daselbst und 10) den Kirchen- und Pfarr-Fonds in Etteln, sämmtlich Coliquidanten, jetzt Revisen,

Erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Revision zwar für beobachtet anzunehmen, in der Sache selbst aber das am 15. Februar

Digitized by Google

1834 eröffnete Erkenntniß des zweiten Senats des Königl. Ober-Landesgerichts zu Paderborn zu bestätigen, und die Revidenten in die Kosten der Instanz zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Wenn die Revidenten jetzt sich auch dadurch beschwert finden, daß ihnen nicht die Befriedigung wegen der sämmtlichen rückständigen gutsherrlichen Gefälle aus der Kaufgelder-Masse des Justus Reelsen'schen Colonats unbedingt vor allen Realgläubigern zugesprochen worden, daß sie nur mit einem Theile dieser Rückstände in der zweiten Klasse locirt, mit den aus den 6 Jahren 1810—12 und 1820—22 herstammenden Rückständen dagegen in die fünfte Klasse gewiesen sind, so kann diese Beschwerde keine rechtliche Berücksichtigung finden, da über die, dem Liquidate der Revidenten nach der Qualität des Anspruchs zustehende, Priorität bereits rechtskräftig erkannt ist. Denn die Revidenten haben gegen die Bestimmungen der Classificatoria, welche die liquidirten Rückstände der gutsherrlichen Gefälle insgesammt — mit alleiniger Ausnahme der in der zweiten Klasse locirten zweijährigen Rückstände pro 1823 und 1824 — in die fünfte Klasse verwies, nicht appellirt, ungeachtet es ihnen bekannt war, daß mehrere Creditoren für ihre Liquidate das Vorrecht der dritten Klasse verlangt hatten. Wenn gleich letztere vom ersten Richter nur in der sechsten Klasse locirt, und in der Locatoria auch sonst keine der fünften Klasse vorgehende Realgläubiger angesetzt waren, so mußten die Revidenten doch voraussehen, daß sie in der fünften Klasse leer ausgehen würden, sobald

Digitized by Google

jene in die sechste Klasse verwiesenen Gläubiger, durch die von diesen eingelegte Appellation das prätendirte Vorrecht der dritten Klasse erstreiten möchten. Sie hätten daher, wenn sie die jetzt verlangte unbedingte Priorität ihrer sämmtlichen Ansprüche sichern wollten, auch ihrerseits, wegen des ihnen angewiesenen loci der fünften Klasse die Appellation einlegen müssen, und hatten hiezu um so dringendere Veranlassung, da sie aus den Gründen des Classifications-Erkenntnisses ersehen konnten, daß schon der erste Richter die Revisen für wirkliche Hypothekengläubiger erachtet, und deren Liquidate nur irrthümlich in der sechsten Klasse locirt hatte, welche bei einem Liquidations-Verfahren der vorliegenden Art nicht existiren kann, da sie das Vorhandenseyn einer gemeinen Masse neben der zur Befriedigung der Realgläubiger insufficienten Kaufgelder-Masse, voraussetzt. Daraus, daß der Appellations-Richter nicht nur den Revisen das Vorrecht der dritten Klasse zugesprochen, sondern auch zu Gunsten der Revidenten (der damaligen Appellaten) die Classificatoria theilweis abgeändert, und den 7jährigen Rückständen pro 1813 bis 1819 incl. statt der dem Liquidate rechtskräftig angewiesenen Stelle der fünften Klasse, die Priorität der zweiten Klasse zuerkannt hat, hätten nur die Revisen einen Grund zur Beschwerde entnehmen können; die von den Revidenten gegen die rechtskräftige Locirung ihrer Liquidate geführte Beschwerde bleibt nichts desto weniger unstatthaft; und es kann daher jetzt in revisorio nicht mehr auf eine Erörterung darüber ankommen, welche Priorität den von den Revidenten liquidirten gutsherrlichen Gefälle, vermöge des Ursprungs und der rechts-

Digitized by Google

lichen Natur dieser Prästationen, zugestanden werden müsse; und ob namentlich aus Provinzial-Verfassung und Vorschrift, insbesondere aus den Bestimmungen der Paderbornschen Meyer-Ordnung vom 23. December 1765, und des den Grundbesitz ꝛc. betreffenden Gesetzes vom 21. April 1825, das von den Revidenten prätendirte unbedingte Vorzugsrecht ihrer sämmtlichen Liquidate vor denen der Revisen, sich rechtfertigen lassen würde.

Demnach muß sich die jetzt zu erörternde Frage lediglich darauf beschränken: ob den Revisen das beanspruchte Realrecht, namentlich die verlangte, und vom Appellations-Richter ihnen zuerkannte Priorität der dritten Klasse gesetzlich zusteht? und diese Frage kann nur, mit dem vorigen Richter, zu Gunsten der Revisen beantwortet werden.

Die Revisen waren antichretische Pfandbesitzer einzelner Parzellen des, im Jahre 1823 Schuldenhalber zur Subhastation gestellten Colonats. Die von dessen Besitzer, ohne Consens des Ober-Eigenthümers, ihnen ertheilten Schuld- und Pfandverschreibungen stammen aus dem Zeitraume von 1721 bis 1814, sind in rechtsgültiger Form ausgestellt und von den Revidenten in qualitate producta anerkannt. Auch haben die Revisen die durch jene Verschreibungen begründeten Realansprüche rechtzeitig — innerhalb der durch das Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 geordneten präclusivischen Frist — bei dem Hypothekenbuche, zur Eintragung in dasselbe angemeldet. Eines Mehreren bedurfte es aber nicht, um den Inhabern der qu. Pfandverschreibungen ihren Real-Anspruch — in specie das prätendirte

Digitized by Google

Hypothekenrecht — zu sichern. Der Einwand der Revidenten, daß die bloße Anmeldung bei dem Hypothekenbuche hiezu nicht hinreichend, sondern außerdem auch die Bescheinigung derselben, die Ertheilung eines Recognitionsscheines zur Erwerbung des prätendirten Hypothekenrechts unumgänglich nöthig sey, ist offenbar grundlos, und aus der von ihnen in Bezug genommenen Vorschrift des §. 5. der Verordnung vom 16. Juni 1820 (die Erwerbung der Realrechte bei nicht vollständig eingerichteten Hypothekenwesen ꝛc.. betreffend) keinesweges zu rechtfertigen. Denn die Bestimmung des allegirten §. 5. findet, wie schon der ausgesprochene Zweck des Gesetzes und der Inhalt der vorangehenden §§. 1. bis 4. sehr deutlich zeigt, nur bei denjenigen Hypothekenforderungen ihre Anwendung, zu welchen der Titel erst in der neueren Zeit seit Einführung der Preußischen Gesetze, erworben ward; und zum Ueberfluß verordnet auch der folgende §. 6. noch ausdrücklich: daß hinsichts der alten, d. h. vor der Einführung der Hypotheken-Ordnung (1. Januar 1815) entstandenen Hypotheken, es lediglich darauf ankomme, ob dieselbe innerhalb des durch das Hypotheken-Patent vorgeschriebenen Präclusiv-Termins angemeldet worden seyen; welches wie gedacht, bei den sämmtlichen Liquidaten der Revisen geschehen ist.

Ein eben so unhaltbarer Einwand ist es, wenn die Revidenten das beanspruchte Realrecht um deswillen bestreiten wollen, weil durch provinzialrechtliche Bestimmungen, namentlich durch die Meyer-Ordnung de 1765 alle und jede Verpfändung von Guts-Parcellen, ohne Consens des dominii directi, unbedingt und sub

Digitized by Google

poena nullitatis verboten sey. Ein ausdrückliches Verbot dieser Art ist in der Meyer-Ordnung nicht zu finden, auch von den Revidenten sonst, aus der von ihnen ohne nähere Beziehung allegirten Paderborn'schen Landesordnung, nicht nachgewiesen. Der von ihnen allegirte §. 8. der Meyer-Ordnung spricht nur von der Zersplitterung und Dismembrirung des Guts, von dessen Vertheilung unter mehrere Erben oder der stückweisen Mitgabe in dotem, also überall von einer definitiven Veräußerung des, in dem dominio utili bestehenden, Meyerrechts; einer solchen Zersplitterung und Dismembrirung kann aber die antichretische Verpfändung einzelner Parzellen nicht gleich geachtet werden, da bei derselben dem Gläubiger mit dem Pfandbesitz, zugleich die Verpflichtung überkömmt, einen Theil der gutsherrlichen Prästanda, nach Verhältniß des Ertrags der Pfandstücke abzuführen, und letztere gegen Erlegung des Pfandschillings, seinem Schuldner zurückzugeben. Es ergiebt sich aber auch aus einer Zusammenhaltung des allegirten §. 8. mit den Bestimmungen des §. 10., daß die, durch den Mangel des gutsherrlichen Consenses bedingte, Nullität der Veräußerung überhaupt nur dann ihre Wirkung äußern kann, wenn der Gutsherr die Meyerstatt caducirt, d. h. wenn er gemäß §. 7. M. O. darauf anträgt, daß der Meyer seines Meyerrechts verlustig erklärt werde. Dieser Fall liegt indeß hier nicht vor, indem ein Caducitäts-Verfahren gegen den Colon Justus Reelsen nirgends Statt gefunden hat, sondern nur die Subhastation seiner Meyerstätte, d. h. der Verkauf des in dem nutzbaren Eigenthum bestehenden Meyerrechts. (cf. §. 23. M. O.)

Digitized by Google

Unter diesen Umständen bedurfte es nicht erst der von den Revisen offerirten Beweisführung darüber:

daß eine bei allen Paderborn'schen Gerichten längst anerkannte Observanz dem Colonen das Recht gebe, Parcellen seines Meyerguts ohne gutsherrlichen Consens mit voller Wirkung zu hypothecíren, und daß die Rechtsgültigkeit solcher, in dortiger Provinz täglich vorkommender, Hypothecirungen niemals bezweifelt worden sey.

Schon die im vorliegenden Prozesse producirten 22 antichretischen Pfandverschreibungen, die sämmtlich (bis auf einige der neueren) vor den Gerichten der Provinz aufgenommen sind, sprechen für das Vorhandenseyn einer solchen Observanz, die überdies auch ihre Bestätigung findet in Wigand's Samml. der Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey (cf. Bd. I. p. 93. Note ad §. 36. Bd. II. p. 343.)

Endlich spricht aber auch für die vollkommene Rechtsgültigkeit der den Revisen stipulirten Hypothekenrechte, die Disposition des den Grundbesitz im vormaligen Königreich Westphalen betreffenden Gesetzes vom 21. April 1825 (Nr. 938.) denn wenn gleich es keinem Bedenken unterliegt, daß dem Besitzer des Reelsenschen Colonats auch jetzt nur das nutzbare Eigenthum seiner Stelle zusteht (cf. §. 18. l. c.) so verordnet doch der § 30 ib. ausdrücklich: daß es zu Verpfändungen des nutzbaren Eigenthums keiner Einwilligung des Ober-Eigenthümers bedarf.

Wenn es sonach nicht zu bezweifeln ist, daß die Revisen das prätendirte Hypothekenrecht in rechtsgültiger Art erworben, dasselbe auch durch die rechtzeitige Anmeldung bei dem Hypothekenbuche sich conservirt haben, so mußten sie, wie vom vorigen Richter geschehen, sec. §. 387. Th. I. Tit. 50. (cf. §. 12. Tit. 51.) A. G. O. in der dritten Klasse locirt und die hiergegen geführte Beschwerde der Revidenten zurückgewiesen, letztere auch, sec. §. 10. Tit. 23. Th. I. A. G. O., in die Kosten der Instanz verurtheilt werden.

Berlin, den 25. April 1825.

(L. S.) Sack.

Digitized by Google

XXIII

Das gutsherrlich-bäuerliche Rechts-Verhältniß in besonderer Beziehung auf die vormaligen Eigenhörigen, Erbpächter und Hofhörigen im früheren Hochstifte Münster und auf bäuerliche Grundbesitzer in anderen Gegenden Westfalens, nach den Gesetzen vom 21. April 1825 und deren Declarationen, und nach der Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829, vom Oberl. Ger. Rath Welter. Münster, 1836. Theissing'sche Buchhdl. gr. 8. S. XX. 465. (Pr. 2 Thlr. 10 Sg.)

Recension oder vielmehr einige Bemerkungen

vom

Herrn Geh. Justiz- u. Ober-Landesgerichts-Rath **Schlüter**

zu Münster.

Dieses Werk enthält eine umfassende Darstellung des Rechtsverhältnisses der Kolonate der vormaligen Eigenhörigen, Hofhörigen und Erbpächter im Münsterschen, wie es sich in Folge der neuesten Gesetzgebung gestaltet hat. Der Herr Verfasser hat durch diese, durch Gründlichkeit und Klarheit des Vortrags ausgezeichnete Arbeit einem dringenden Bedürfniß abgeholfen und es gebührt

Digitized by Google

ihm dafür der Dank der ganzen Provinz. Bei der Wichtigkeit des Gegenstandes sey es jedoch dem Referenten vergönnt, einige Zweifel und abweichende Ansichten zur näheren Prüfung vorzulegen, und zugleich einige Angaben zu berichtigen.

1) Zu §. 7. Nr. 2. Die zur Zeit der Publication der Eigenthums-Ordnung bestehenden Observanzen sind keine Entscheidungsquellen, wenn die Eigenthumsordnung das Gegentheil verordnet. Dieses ist auch in dem fürstlichen Rescript vom 7. Januar 1781 (abgedruckt als Anlage 1. des vorliegenden Werks) ausgesprochen. Etwas Anderes ist es mit der Verjährung gegen die Bestimmungen der Eigenthumsordnung. Referent erinnert sich eines Falles aus den 1790ger Jahren, wo beim weltlichen Hofgericht der Beweis zugelassen wurde, daß ein eigenbehöriger Kolon seit unvordenklicher Zeit das hohe Holz mit Ausschluß des Gutsherrn benutzt habe. Herr Dr. Sommer hat im Neuen Archiv von 1834 S. 714. einen ähnlichen Fall angeführt.

2) Zu §. 10. Nr. 6. Die Kraft eines Abäußerungs-Urtheils hatte es auch, wenn auf angestellte Klage der Kolon die Abäußerungsursache einräumte und sich durch gerichtlichen Vergleich zur Räumung des Kolonats verstand. Durch solchen Vergleich verloren auch die Kinder ihr Recht. So erkannte die fürstliche Regierung durch das Revisions-Erkenntniß in Sachen Eickhoff wider Eickhoff vom 13. Mai 1802.

3) Zu §. 21. Die zu dem Gute Falckenhoff, als dem Ober- und Tronhofe in Rheine hofhörigen 15 Bauernhöfe wurden Amtshöfe, und ihre Besitzer Amtshörige

Digitized by Google

genannt, seitdem aus dem Gute ein Amt geworden. In den Acten in Sachen Basse wider Wichering und Johanning sind die diesen Amtshörigen von d x Abtissinnen zu Herford ertheilten Amtsbriefe oder Privilegien von 1566 und 1764 produzirt worden, welche mit dem Stockumer Hofrechte von 1497 (abgedruckt in Kindlingers Gesch. der Hörigkeit S. 640.) größtentheils gleichlautend sind.

Hobshörige, Hobs- und Behandigungsgüter haben zwar Aehnlichkeit mit den Münsterschen Hofhörigen, sind aber doch wesentlich davon verschieden. Die im Münsterschen gelegenen Hobsgüter dependirten größtentheils von den Abteyen Werden und Essen und wurden nach den Hobsrechten des Ober-Sadelhofes Barckhoven und des Stifts Essen regulirt, so wie auch die Hobshörigen im Vest Recklinghausen theils nach Werden und Essen, theils zu den in der Anmerkung a. genannten Oberhöfen gehörten, deren jeder sein besonderes Hobsrecht hatte. Man sehe das Provinzialrecht von Recklinghausen §. 69—87. mit den Noten.

Es ist übrigens wohl nur ein Druckfehler, wenn es in der Anmerkung e. heißt, daß die Oberhöfe zu Loen und Vreden in dem Amthof zu Ahaus zusammengeschmolzen; denn der Hof zu Loen gehörte zur bischöflichen Kammer, der zu Vreden aber zur Abtey daselbst, und nach deren Säcularisation jetzt dem Fürsten zu Salm-Salm.

4) Zu §. 22. Daß Hofhörige und Eigenhörige in ihrem Ursprunge eine und dieselbe Gattung höriger Leute gewesen, nur mit dem Unterschiede, daß jene einem bestimmten Hofe, diese dagegen einer Person hörig waren,

Digitized by Google

und daß nach dem Untergang der Haupthöfe jeder Unterschied zwischen Hof- und Eigenhörigen aufgehört habe, wird schwerlich bewiesen werden können. Wenigstens blieben die nach den Haupthöfen Loen, Vreden, Dülmen, Hüninghoff später Freickingmolle und Falckenhoff gehörigen Kolonen bis in die neuesten Zeiten hofhörig und wurden nach ihren alten Hofesrechten, keinesweges aber als Eigenhörige beurtheilt, wogegen die in den ehemaligen Werdenschen Haupthofe Nordkirchen hörigen Kolonen seit unvordenklicher Zeit als Eigenhörige behandelt worden sind. Der Herr Verf. hält Hobshörige und Hofhörige für gleich bedeutend und dabei die Hofhörige für eigenhörig. Allein die Hobshörigen wurden von jeher und bis in die neuesten Zeiten als freie Personen betrachtet und daher wurde in der Arenbergischen Verordnung vom 28. Jan. 1808, die Einführung des Code Napoleon im Vest Recklinghausen betreffend, ausdrücklich gesagt, daß es in Ansehung der Hobs- und Behandigungsgüter, da ihr Besitz der persönlichen Freiheit des Besitzers nie Abbruch gethan, einstweilen bei der vorigen Verfassung bleiben solle. Bekanntlich besaßen auch selbst ritterbürtige Adelige solche Hobs- und Behandigungsgüter, unbeschadet ihres Adels, als Hobsmänner, und nach dem Zeugniß des ehemaligen Landrichters Müller zu Werden, später Landgerichts-Präsidenten zu Düsseldorf, in seinem Werk über das Güterwesen §. 33. so wie in der urkundlichen Entwicklung der Natur der Leibgewinnsgüter von Sethe S. 267. wurde Leibeigenschaft auf Werdenschen Hobs- und Behandigungsgütern nie gelitten. Auch auf Münsterische Hofhörige ist bekanntlich die Eigenthumsordnung nie an-

Digitized by Google

gewendet, und sie sind auch von der Hofkammer immer als freie Personen anerkannt worden. Nur das behauptet der Canonicus Brackmeulen in dem von ihm verfaßten Hofrecht der Abtey zu Vreden (s. Prov. Recht von Münster S. 50. Note), daß Hofhörige, wenn sie das Hofrecht zu gewinnen verabsäumt, oder solches verwirkt hätten, als Leibeigene beerbtheilt würden; ob mit Recht, das steht dahin.

Daß man, wie der Herr Verf. richtig bemerkt, die Hofhörigen, eben so wie die Eigenhörigen, Zeller oder Wehrfester, und der ersteren wie der letzteren Höfe Bauernerbe genannt hat, ist sehr unerheblich, da auch der freie oder wie man sich auszudrücken pflegte, der selbsteigene Besitzer eines Bauerngutes, und dieses Gut eben so genannt wurden.

5) Zur Anmerk. a. Kindlinger war Minorit, ließ sich aber vom Orden entbinden, bearbeitete mehrere Archive adlicher Häuser, so wie die Landesarchive zu Münster, Paderborn, Essen und Corvey, und wurde von dem Prinzen von Oranien als Fürsten zu Fulda zum wirklichen Archivar bestellt. Er war ein geschickter und fleißiger Geschichtsforscher, und hat sich um die Münsterische Geschichte ein großes Verdienst erworben.

6) Zur Anmerk. f. Daß die hier angeführten Schriftsteller sich irren, wenn sie die Hofhörigen zu den Eigenhörigen oder Leibeigenen rechnen, ergibt sich schon aus dem Angeführten. Von Pottgießer sagt der Herr Verf., daß derselbe mit den westfälischen Bauergütern sehr bekannt gewesen, davon hat er aber in Ansehung der Hobs- und hofhörigen Güter wenige Proben gegeben.

Digitized by Google

7) Zu §. 26. 27. In Betreff des Heimfalls der hofhörigen und hobshörigen Güter bezieht Referent sich auf die im Prov. Recht von Münster §. 46. 47. und von Recklinghausen §. 69. in den Noten angeführten Gründe und Gegengründe. Zu den dort auch angezogenen Dekreten des weltlichen Hofgerichts, welche der Herr Verf. in den Anlagen IV. V. VI. wieder abdrucken lassen, kann noch das in Sachen der fürstlichen Hofkammer wider die Wittwe Lueusen vom 1. Januar 1781 hinzugefügt werden, welches mit dem in der Anlage IV. fast ganz gleichlautend ist, so wie ein anderes in Sachen Hagstette wider Wilcken vom 18. Januar 1788, resp. 29. Mai 1789, wodurch der hofhörige Verklagte, obwohl er nicht Successor in peculio war, zur Zahlung der Schulden seines Antecessors schuldig erklärt wurde. Selbst das O. L. Gericht zu Münster theilte früher die Ansicht des weltlichen Hofgerichts, wie das Erkenntniß des 2ten Senats in Sachen Gehling wider Roskamp vom 5. März 1819 beweist, worin gesagt wird daß bei hofhörigen Kolonaten das dominium des Gutsherrn nicht vermuthet werde, sondern erst erwiesen werden müsse, daher das hofhörige Kolonat salvo onere inhaerente verkauft werden könne.

Der Herr Verf. sagt, jene Hofgerichts-Decrete wären nur bloße Interlocute. Dieses ist nicht ganz richtig; das in der Anlage VI. abgedruckte ist definitiv. Die übrigen sind freilich nur Interlocute; allein sie haben, wie man damals zu sagen pflegte, definitivam im Munde, die da auch meistentheils erfolgte. In Sachen Arnzen wider Dirking ist auch die definitive Ent-

Digitized by Google

scheidung, dem im Decret vom 17. December 1788 (Anlage V.) entdeckten motus gemäß, am 29. Mai und 30. September 1789 wirklich erfolgt, und durch das Decret vom 6. November 1789 für rechtskräftig erklärt.

Das weltliche Hofgericht war nicht, wie der Herr Verf. §. 27. Anmerk. e. sagt, ein untergeordneter Gerichtshof, auch stand derselbe dem geistlichen Hof- oder Offizialat-Gerichte keineswegs gleich. Das Offizial-Gericht hatte allerdings im Oberstift Münster, nicht aber im Niederstift, wie das weltliche Hofgericht concurrentem jurisdictionem mit denjenigen Untergerichten, welche nicht, wie das Stadtgericht zu Münster und die Domcapitularischen Gogerichte, das privilegium primae instantiae hatten. Aber das weltliche Hofgericht war die einzige Appellationsinstanz für alle weltliche Untergerichte im Lande, und von den Aussprüchen desselben, in erster wie in zweiter Instanz, ging die Appellation unmittelbar an die Reichsgerichte. Das weltliche Hofgericht war also der höchste Gerichtshof Münsterlands. Erst in der Reformatio judicii ecclesiastici von Christoph Bernard vom 2. Dezember 1651 tit. 35. wurde das remedium revisionis für diejenigen Partheien eingeführt, welche nicht appelliren, sondern statt dessen im Wege der Supplication ihre Beschwerde an den Landesherrn bringen wollten, und es sollten dazu, nach Verschiedenheit der Fälle, besondere Revisionen deputirt werden. In der Revisionsordnung vom 20. Juli 1688 wurden alle Revisionssachen an die Kanzlei verwiesen. Diese war also nicht das eigentliche Obergericht,

Digitized by Google

sondern nur dann competent, wenn in Sachen, von welchen die Appellation an die Reichsgerichte zulässig war, die beschwerte Parthei auf die Appellation eidlich verzichtete, und statt derselben das remedium revisionis wählte.

Ob die Kanzlei, oder Regierung nie die Grundsätze des weltlichen Hofgerichts adoptirt, ob das Offizialatgericht in mehreren Sachen als in Sachen Discussionis Busman (Anlage VII.) die hofhörigen Güter für ein Eigenthum der Hofherrn erklärt habe, und ob solche Entscheidungen rechtskräftig geworden, hat Referent nicht in Erfahrung bringen können. Aber das ist sicher irrig, was der Herr Verf. in Anmerk. k. behauptet, daß das Hofgericht durch die Kindlinger'schen Hypothesen geleitet worden; denn dessen Geschichte von Volmestein kam erst 1801, seine Fragen über den Bauernhof 1812, und seine Geschichte der Hörigkeit 1819 heraus, da doch das Hofgericht schon 1788, ja wie oben bemerkt schon 1781 die nämlichen Grundsätze ausgesprochen hat.

Das Argument, daß nach dem A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §. 698—703. 809. Erbzinsgüter, obwohl sie dem Heimfall unterworfen, doch verkauft und verpfändet werden können, welches auch Referent im Prov. Recht von Münster S. 30. angeführt, beruht, wie schon Dr. Sommer im R. Archiv von 1835 S. 119. bemerkt hat, auf einem Irrthum, indem der §. 809. den Fall voraussetzt, daß das Erbzinsgut auf bestimmte Zeit oder Geschlechtsfolgen verliehen worden, nach deren Erlöschung es sich dem Obereigenthümer erledigt, wogegen §. 694. Erbzinsgüter immer auf die Erben des Erbzinsmanns übergehen, also nicht heimfallen können.

Digitized by Google

Bei den nicht unerheblichen gegen das Heimfallsrecht angeführten Gründen, denen Referent nach fügt, daß häufig der Fall vorkomme, wo hofhörige ihr Hofgut salvo onere inhaerente an freie Leute ohne Widerspruch des Hofherrn überließen, und da nun auch das Geh. Obertribunal, in Sachen des Herzogs von Croy wider Bering, dem Kläger das Heimfallsrecht auf dem hofhörigen Berings-Hofe am 9. März 1831 aus nicht bekannt gewordenen Gründen aberkannt hat, ist es noch immer nicht so ausgemacht, als der Herr Verf. meint, daß das Heimfallsrecht auf hofhörigen Gütern allgemein gegründet.

8) Zu S. 84. ist noch zu bemerken: daß die Hofrechte des Werdenschen obersten Sadelhofes Barckhoven, so wie die Hobsrechte des Stifts Essen nicht hieher gehören, indem sie nicht hofhörige, sondern hobshörige Güter und Kolonen betreffen, und zu S. 85.: daß von der Loenschen Hofrolle noch keine authentische Abschrift aufgefunden gewesen. In der Sache Salmsche Rentkammer wider Blassick wurde der Pastor Riesert zur Edition des Originals, wornach er das Loensche Hofrecht abdrucken lassen, aufgefordert. Er erklärte, daß er solches von dem hofhörigen Garbert erhalten und diesem zurück gegeben habe. Garbert nun zur Edition aufgefordert, hatte nur eine einfache Abschrift, erklärte aber, daß er noch eine andere Abschrift vom Schulzen Welmering in Marbeck gehabt und diese an Riesert geliehen aber zurückerhalten und restituirt habe. Gegen Welmering wurde nicht verfahren; man muß sich also wohl überzeugt haben, daß er auch keine authentische Abschrift besitze.

Digitized by Google

9) Zu §. 32. Der Herr Verf. hat die Namen der Orte, welche in der Grenzlinie liegen, so incorrect wie sie im Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803 §. 3. aufgeführt sind wiedergegeben. Die richtigen Namen sind: Olfen, Seppenrade, Kakesbeck, Hidding-sel, Giesking, Nottulen, Hülshof, Hohen-halte, Nienberge, Uhlenbrack, Gimte, Schone-fliet und Greven. Was hiernach preußisch wurde, ist im Prov. Recht von Münster Anlage 32. 33. speciell und genau angegeben.

10) Zu §. 45. Nr. 4. 6. Nicht von der den Markenherrn, oder Markenrichtern, gebührenden tertia marcalis, sondern von der in den Herzogthümern Jülich und Berg, zufolge der Verordn. vom 15. Februar 1764, dem Landesherrn aus bisher öden, zur Kultur gebrachten Gründen gebührenden tertia ist im Decret vom 13. Sept. 1811 Art. 35. die Rede, wie auch schon im Provinzial-Recht von Recklinghausen §. 184. bemerkt ist.

11) Zu §. 48. Anmerk. a. Anhalt und Gehmen gehörten nie zu dem Salm-Salm- und Salm-Kyrburgischen gemeinschaftlichen Fürstenthum Salm.

12) Zu §. 49. und 50. Nr. 3. Im hanseatischen Decret vom 9. Dez. 1811 Art. 17. wurden auch die dinglichen Frohnden aufgehoben, wenn es nicht durch Urkunden bewiesen werden konnte, daß sie aus einer Verleihung von Grundstücken oder eines dinglichen Rechts entsprungen (qu'elles proviennent d'une concession de fonds ou de droit réel) also nicht:

Digitized by Google

aus einer Verleihung von Grundstücken oder aus einem dinglichen Recht.

13) Zu §. 73. Anmerk. g. Wenn es richtig wäre, daß der, bei Auflösung einer kinderlosen Ehe, dem Ueberlebenden nach der Münster. Pol. Ord. Kap. 7. §. 14. zukommende lebenslängliche Nießbrauch demselben durch einseitige Verfügung des zuerst sterbenden Ehegatten genommen werden könnte, dieser Nießbrauch folglich keine nothwendige Folge der Gütergemeinschaft wäre, und nicht zum System derselben gehörte, so würde diese Bestimmung durch die Verordnung vom 8. Januar 1816 nicht wieder miteingeführt seyn, und der überlebende Ehegatte würde dann zufolge des A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 625 bis 630. nach Verschiedenheit der Umstände $^1/_3$ oder $^1/_2$ von dem Nachlasse des Verstorbenen, oder diesen ganz erben, und nach §. 633. würde die Hälfte dieser Erbportion als Pflichttheil anzusehen seyn. Allein die Sache ist nicht so klar als der Herr Verf. meint. Nach der Pol. Ord. Kap. 6. adject. de 20. Dezember 1601. Da aber Mann und Frau ꝛc. können Eheleute, wenn keine Kinder vorhanden, ihre Güter einander reciproce, oder auch einer dem andern absonderlich, im Testament obsonsten rechtlicher Weise verschreiben. Aus dieser speciellen Befugniß, welche jedem Ehegatten gestattet wird, seine Güter dem überlebenden zu geben, kann man nicht folgern, daß es jedem auch gestattet sey, seine Güter einseitig einem Andern zu übertragen. Im Kap. 7. §. 14. heißt es nun: Wo von Eheleuten einer stirbt ohne bleibende Leibesgeburt, auch ohne Aufrichtung eines beständigen Testaments oder Gibte, so mag der

Digitized by Google

oder die Letztlebende in allen und jeden ihrer beider zugebrachten, anererbten, und sammender Hand gewonnenen gereid und ungereid, nichts davon ausgenommen, sein Lebenlang ruhiglich sitzen bleiben und sich deren gebrauchen u. s. w. Nach der gewöhnlichen, natürlichen Bedeutung der Worte heißt dieses: auch dann, wenn der verstorbene Ehegatte seine Güter dem Längstlebenden nicht übertragen hat, wozu er nach dem eben angeführtm Adject. vom 20. Dec. 1601 befugt war, soll der Ueberlebende in der gesammten Gütermasse sein Lebenlang ruhig sitzen bleiben. Der Herr Verf. nimmt das Wörtchen auch hier für gleichbedeutender mit und, und bringt dadurch einen ganz andern Sinn heraus, nämlich diesen: Wenn ein Ehegatte stirbt ohne bleibende Leibesgeburt und ohne Aufrichtung eines Testaments, so u. s. w. woraus er dann folgert: wenn der Verstorbene testirt hat, so hat der Ueberlebende den Nießbrauch nicht.

Für diese etwas gezwungene Auslegung ist aber einmal kein Grund vorhanden, und dann wäre es eine große Unbilligkeit für den überlebenden Gatten, wenn der früher sterbende ihm einseitig und ohne sein Wissen den einzigen Vortheil entziehen könnte, den ihm das Statut nach getrennter kinderloser Ehe gewährt, da doch alle Statuten über Gütergemeinschaft dem Ueberlebenden irgend ein lucrum nuptiale zusichern. Auch haben sich die meisten Schriftsteller gegen die Befugniß, dem überlebenden Ehegatten durch einseitige Disposition das lucrum statutarium zu nehmen, ausgesprochen. vid. Carpzov. jurisprud. for. P. III. cap. 7. def. 8. und Langen von der Gütergemeinschaft S. 182.

Digitized by Google

Daß man auch vormals dem zuerst sterbenden Ehegatten diese Befugniß nicht zugestanden habe, bezeugte der Amtsverwalter Scheffer-Boichorst in seinem Bericht vom 22. October 1804 §. 50., welches nicht, wie der Herr Verf. sich ausdrückt, ein bloß einseitiger, sondern ein von ihm als Chef des weltlichen Hofgerichts geforderter amtlicher Bericht war. Diese Frage ist auch schon früher beim weltlichen Hofgericht entschieden worden, und zwar in Sachen der Ehefrau Dücker wider Zumhasch. Der G. B. Dücker hatte mit seiner zweiten Frau die Gütergemeinschaft ausgeschlossen, und während der zweiten kinderlosen Ehe seinem Sohn erster Ehe sein ganzes Vermögen übertragen. In dem Urtheil vom 18. December 1782 wurde, da die Nutznießung der überlebenden Wittwe ehender ein lucrum nuptiale als eine Folge communionis bonorum sey, zu derselben auch in der Pol. Ordn. keine Gemeinschaft der Güter erfordert werde, der Klägerin die Nutznießung des Nachlasses ihres Ehemannes zuerkannt, und dieses Erkenntniß durch das Dekret vom 11. April 1783 für rechtskräftig erklärt. — Ob die Ansicht richtig ist, daß die Nutznießung des überlebenden Gatten selbst dann eintrete, wenn die Gütergemeinschaft ausgeschlossen war, ist hier nicht zu untersuchen; aber wenn diese Nutznießung selbst im Fall ausgeschlossener Gütergemeinschaft dem Ueberlebenden nicht genommen werden konnte, so kann ihm solche im Fall der Gütergemeinschaft noch weniger entzogen werden.

Nach dem A. L. R. II. 1. 345. behält der überlebende Gatte bei unbeerbter Ehe in allen Fällen den

Digitized by Google

Nießbrauch des gesammten Vermögens auf Lebenslang. Der Herr Verf. meint zwar, dieses Gesetz spreche von dem Falle, wo ein Ehegatte ohne Testament gestorben; allein er übersieht dabei, daß das A. L. R. II. 1. 418. den Eheleuten die Folgen der Gütergemeinschaft, so weit sich dieselben auf die künftige Succession erstrecken, nur durch Verträge, nicht aber durch einseitige Testamente aufzuheben gestattet.

14) Zu §. 76. Nr. 2. sehe man das zu §. 10. Gesagte.

15) Zu §. 81. Man kann nicht sagen, daß es in Ansehung der geschlossenen Holzungen bis zur Ablösung ganz bei dem früheren Rechtszustande bleibe. Denn früher war das Eigenthum der Holzungen, so wie des ganzen Kolonats, bei dem Gutsherrn, und der Kolon hatte davon nur den Erbnießbrauch, nicht einmal ein nutzbares Eigenthum. Nach dem Gesetz vom 21. April 1825. §. 15. hat aber der Kolon das volle Eigenthum an dem Kolonat, also auch an den Holzungen, da diese ein Zubehör desselben sind, erworben, und dem Gutsherrn sind §. 32. nur die früheren Nutzungsrechte daran vorbehalten worden. Diese Ansicht hat auch das Geh. Ober-Tribunal in dem am 28. Nov. 1834 erlassenen Revisions-Erkenntniß in Sachen v. Wenge wider Lemme (abgedruckt im N. Archiv 1835 S. 283.) ausgesprochen.

Hierbei kann auch die Frage erörtert werden: wie es sich mit dem in der Mark und auf Markengründen, die dem Kolon bei der Markentheilung zugefallen sind, stehenden Holze verhalte? Nach der Eig. Ordnung II. 1. 5. gehört das, was durch Theilung gemeiner Marken

Digitized by Google

dem Erbe hinzukommt, unter dessen Pertinenzien, von demselben scheint daher beim ersten Anblick Alles gelten zu müssen, was von dem Colonate verordnet ist, und aus diesem Grunde hat der zweite Senat des O. L. G. zu Münster in Sachen Primavesi wider Verrenberg am 4. Dezember 1832 dem klagenden Gutsherrn an dem auf dem Markentheil, der dem Verklagten bei Theilung der Horster Mark zugefallen war, stehendem Holze die nach der Eigenthums-Ordnung den Gutsherrn an den Kolonats-Gehölzen zustehenden Rechte zuerkannt. Das Geh. Ober-Tribunal hat aber das Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts zu Dorsten wieder hergestellt, und den Kläger mit seinem Anspruch an dieses Holz abgewiesen, aus dem Grunde: weil ihm an den Nutzungen der früher gemeinschaftlichen, getheilten Horster Mark keine Theilnahme zugestanden, der Markentheil aber an die Stelle des früher dem Hofesbesitzer zukommenden Theils der Nutzungen getreten, daher auch an diesem Markentheil dem Gutsherrn keine Nutzung zustehe. Siehe N. Archiv 1835 S. 295.

16) Zu §. 84. Anmerk k. In welcher Art, bei Ermittelung des Holzbedarfs eines Holzberechtigten, auch auf künftige Unglücksfälle Rücksicht zu nehmen, bestimmt die Gem. Theil. Ord. vom 7. Juni 1821 §. 120. 121.

17) Zu §. 85. Der Herr Verfasser legt hier dem Gutsherrn, auf den Grund der Münsterschen Eig. Ord. II 3. 4. das Recht bei, das über den Kolonatsbedarf vorhandene hohe Holz forstmäßig zu benutzen. Sicher ist aber dieses nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, als er dem Gutsherrn ein oder anderes Stück zu hauen

Digitized by Google

verstattete, sonst würde er sich wohl anders ausgedrückt haben. In Tecklenburg und Lingen können die Grundsätze des Herrn Verf. offenbar keine Anwendung finden, weil dort den Gutsherrn nur ein oder anderes Stück entweder zu seinem Gute oder zu anderen Kolonaten nöthigen Holzes vom Kolonate seines Eigenhörigen zu nehmen verstattet ist. (S. Prov. Recht von Tecklenburg und Lingen S. 232.)

Es ist interessant, die Geschichte der Gesetzgebung in den verschiedenen Territorien Westfalens über das Recht des Gutsherrn zur Mitbenutzung des hohen fruchtbaren Holzes zu verfolgen. Die älteste Eigenthums-Ordnung in Westfalen ist die Ravensbergische vom 8. November 1669. (abgedruckt in Ludolff observ. forens. Part. II. obs. 150.) In dieser wird Cap. I. §. 27. den Eigenhörigen das Fällen des Oberholzes ohne Consens des Gutsherrn sub poena privationis wie in Cap. IV. §. 4. 5. 7. gemeldet ernstlich verboten. In Cap. IV. §. 5. wird als Abäußerungs-Ursache angeführt: wenn der Eigenbehörige das zum Erbe gehörige fruchtbare oder Oberholz wie auch das Brandholz ohne sonderliche Noth ruinirt oder verhauet. Eines gutsherrlichen Minutzungsrechts wird gar nicht erwähnt.

In dem von dem Landrath J. F. von Vincke auf Ostenwalde im Jahr 1721 verfaßten Entwurfe der Osnabrückischen Eigenthums-Ordnung, so wie in den beigefügten Motiven, war ebenfalls eines gutsherrlichen Rechts zum Mitgenuß des Holzes mit keinem Worte erwähnt. (Siehe dessen ohnmaßgebliche Gedanken über das Osnabrückische Eigenthumsrecht. Lemgo, 1721.

Digitized by Google

Cap. 15. Nr. 6. 7.) In der hierauf unterm 25. April 1722 erlassenen Osnabrückischen Eigenthums-Ordnung (abgedruckt bei Ludolff P. II. obs. 151.) befindet sich aber Cap. XIV. §. 12. der Zusatz: „Dafern auch der Gutsherr ein Stück Holz nöthig hat, so bleibt demselben frei, solches vom Erbe hauen zu lassen.“ — Wie dieser Zusatz in das übrigens fast ganz mit dem v. Bincke'schen Entwurf übereinstimmende Gesetz gekommen, ist nicht bekannt geworden. Im Jahr 1727 suchten die Gutsherrn die ihnen gestattete Befugniß noch auszudehnen; die beiden vorsitzenden Landstände, Domkapitel und Ritterschaft, wollten attestiren, daß der Gutsherr auch einen Baum auszeichnen und an einen Andern verschenken könne; das städtische Collegium widersprach aber, und so blieb es bei der Bestimmung der Eigenthums-Ordnung. (Siehe Klöntenp Alphabetisches Handbuch voce Blumenholz §. 14. 15. und voce Eigenthums-Ordnung.)

In der Minden-Ravensbergischen Eig. Ord. vom 26. Nov. 1741 Cap. XVI. §. 2. wird es zu den Abäußerungsursachen gerechnet, wenn ein Eigenhöriger das Holz muthwilliger Weise ruinirt, oder zu Dämpfung seiner etwa ohne Vorwissen des Herrn gemachten Schulden verhauet. Eines gutsherrlichen Mitbenutzungsrechtes wird auch hier gar nicht erwähnt.

Bei den Verhandlungen über den Entwurf der Münsterschen Eigenthums-Ordnung von 1770, welche auch von dem Herrn Verf. im Auszuge mitgetheilt sind, berief man sich auf die Osnabrückische Eigenthums-Ordnung, ging aber bei der endlichen Redaction noch weiter

Digitized by Google

als jene, indem man die Befugniß des Gutsherrn, ein oder anderes Stück zu hauen nicht an die Bedingung knüpfte, daß er es selbst nöthig habe, wie doch die Osnabrückische Eig. Ord. gethan hatte. In den Conferenzen berief man sich auch auf die Satzungen des römischen Rechts über das Recht des Nießbrauchers am hohen Holz. Wie sehr mit Unrecht, hat schon Dr. Sommer im N. Archiv 1834 S. 695 seq. dargethan.

Die Vestische Eigenthums-Ordnung von 1781 ist fast ganz nur eine Kopie der Münsterischen, und hat die Bestimmungen derselben über das Mitbenutzungsrecht des Gutsherrn am Holz wörtlich aufgenommen. Die Veranlassung mochte wohl darin liegen, daß Kurköln und Münster damals zufällig den nämlichen Landesherrn hatten.

Die Preußische Gesetzkommission hat in ihrer, auf Anfrage der Tecklenburg-Lingenschen Regierung, erlassenen Entscheidung vom 22. März 1785 dem Gutsherrn frei gegeben, ein oder anderes Stück zu seinem Gute oder zu anderen Kolonaten nöthigen Bauholzes vom Kolonate seines Eigenhörigen zu nehmen. Sie hat keinen Grund ihrer Entscheidung angegeben: aber in der Anfrage der Regierung war angeführt, daß die Gutsherren dieses Recht auf Observanz und auf die Osnabrückische und Münsterische Eigenthums-Ordnung gründeten. (s. Kleins Annalen Bd. VI. S. 250.)

Die revidirte Minden-Ravensbergische Eigenthums-Ordnung von 1791 war meist unter dem Einfluß der Gutsherrn und nach ihren Anträgen abgefaßt worden. Nach den Bestimmungen derselben kann der Gutsherr

Digitized by Google

auf dem eigenhörigen Kolonate auch zu seinem eigenen Bedarf solches Holz hauen lassen, wenn es nur forstmäßig geschieht. Auch kann er über das durch Sturm niedergerissene Holz nach Willkühr verfügen; das verdorrte aber gehört dem Bauer. Diese Eigenth. Ordnung ist jedoch nur Entwurf geblieben, sie ist nie ins Leben getreten. (s. Wigands Prov. Rechte von Minden, Ravensberg ꝛc. Bd. I. S. 152—155. und Bd. II. S. 258. 265.)

Im Lande Delbrück ist den Gutsherrn auf den Kolonaten ihrer Eigenhörigen kein Mitgenuß am Holze beigelegt. (s. Wigands Prov. Recht von Paderborn, Bd. I. S. 90)

Eben so wenig ist dieses in der Grafschaft Lippe der Fall. (s. Führers Darstell. der meyerrechtl. Verfassung in der Grafschaft Lippe. Lemgo 1804. §. 194. bis 196.)

Auch in der Grafschaft Hoya war von einem Rechte der Gutsherrn zur Mitbenutzung des Holzes auf den Kolonaten ihrer Eigenhörigen gar keine Rede. Man sehe den kurzen Entwurf des Leibeigenthumsrechts überhaupt und insonderheit wie selbiges in der Grafschaft Hoya hervorgebracht ist von J. C. Palm. Hannover 1747. Cap. IV. §. 26.

Indessen steht das gutsherrliche Mitbenutzungsrecht mit einigem Unterschiede überall,*) außer nach Wigand a. a. O. in Minden, Ravensberg und im Lande Delbrück einmal gesetzlich fest, und es kommt nicht mehr darauf an, ob der Gesetzgeber Recht oder Unrecht gethan. Man gelangt aber dadurch zu der Ueberzeugung, daß dem

*) Im Herzogthum Westphalen nicht. Sommer.

Digitized by Google

Gutsherrn so wenig im Münsterland und im Vest Recklinghausen als in Tecklenburg und Lingen ein Recht zu ausschließlicher, forstmäßiger Benutzung des über den Kolonatsbedarf vorhandenen hohen Holzes hat zugestanden werden sollen.

18) Zu §. 89. Im Prov. Recht von Münster S. 18. hat Referent gesagt, daß es, wegen gänzlichen Mangels einer gesetzlichen Bestimmung über den Umfang der gutsherrlichen Nutzungsrechte an dem überflüssigen hohen Eichen- und Buchenholz bei Bestimmung der Abfindung des Gutsherrn wohl nur darauf anzukommen scheine, was ihm diese Nutzungsrechte bisher im Durchschnitt eingebracht haben. Ref. sieht wohl ein, daß dieses kein streng richtiger Maßstaab ist, und es möchte daher der von dem Herrn Verf. aus der Münster. Eig. Ord. Thl. III. Tit. 3. §. 3. 4. und der damit übereinstimmenden Vest. Eig. Ord. §. 79. hergenommene Maßstaab allerdings angemessener seyn.

19) Zu §. 90. Anmerk. b. Tritt Ref. dem Herrn Verf. darin bei, daß das einseitige Holzfällen des Kolons vor der Auseinandersetzung mit dem Gutsherrn nicht als Diebstahl an gemeinschaftlichem Eigenthum angesehen werden könne, aber nicht aus dem von dem Herrn Verf. angegebenen Grunde, sondern weil, wie zu §. 81. bemerkt worden, dem Gutsherrn kein Miteigenthum, sondern nur Nutzungsrechte am Holze zustehen.

20) Zu §. 99. Nr. 2. Hat ein Bauer früher mit einem Andern zusammenspannen müssen, und dieser nun seine Dienstpflicht abgelöset, so ist jener darum nicht dienstfrei, sondern er muß auch ohne Zuspänner dienen,

Digitized by Google

nur darf sein Dienst nicht erschwert werden. So hat das O. L. G. zu Münster schon einmal erkannt, Referent erinnert sich jedoch des Namens der Partheien nicht.

21) Zu §. 102. Anmerk. d. In Sachen der Salmschen Rentkammer wider Bastmann, so wie in Sachen derselben wider Küsenbrinck, war der Verklagte nach dem 25. Sept. 1820 gar nicht zum Dienst aufgeboten worden, und wurde daher auch zum Nachdienen nicht schuldig gehalten. Ob das Ober-Landesgericht ihn zur Nachleistung der Dienste schuldig erklärt haben würde, wenn er nur einmal aufgeboten worden wäre, und hiebei jede Dienstpflicht geläugnet hätte, steht dahin. Strenge genommen kann allerdings die Nachleistung der nicht angesagten Dienste nicht gefordert werden.

22) Zu §. 110. Nach der Münsterischen, so wie nach der Vestischen und Minden-Ravensbergischen Eigenthums-Ordnung, konnten diejenigen, welche einen Freibrief erhalten, oder sich auf ein anderes Erbe verheirathet, oder die Leibzucht bezogen hatten, keinen Anspruch auf die Succession machen, und das Kolonat fiel, wenn kein anderer zur Succession Berechtigter vorhanden war, dem Gutsherrn heim. Der O. L. Ger. Rath Scheyers (N. Archiv 1834 S. 723.) sagt nun; der Verlust des Successionsrechtes sey Folge der Leibeigenschaft gewesen, diese aber mit ihren Folgen aufgehoben worden, daher könne eine vormals erfolgte Entlassung aus derselben gegenwärtig nicht mehr Hinderniß der Succession seyn. Auch der Dr. Sommer (N. Archiv 1835 S. 143.) hat diese Ansicht und setzt noch hinzu: es sey ein neues Object der Erbfolge, nämlich statt des früheren Leib-

Digitized by Google

stehenden freien Dispositionsrechte daran auszuüben berechtigt ist.“ — Dieser Satz, den der Herr Verf. ohne Angabe von Gründen als ausgemacht hinstellt, ist zu wichtig, als daß er nicht zu einer näheren Beleuchtung auffordern sollte. Ohne Zweifel gehört Alles, wovon Einem der Ehegatten das volle Eigenthum zusteht, oder während der Ehe zufällt, zur ehelichen Gütergemeinschaft, also gehört dahin auch das Kolonat, wovon, zufolge der fremden Gesetze, so wie zufolge der Königlichen Gesetze vom 21. April 1825 ein Ehegatte das volle Eigenthum mit freier Dispositionsbefugniß erwarb. Zwar sind Stamm-Fideicommisse und Lehngüter von der Gütergemeinschaft ausgenommen; aber dieses kann auf Kolonate in ihrem gegenwärtigen Rechtsverhältniß nicht ausgedehnt werden. Denn der Grund jener Ausnahme liegt in dem beschränkten Dispositionsrecht der Besitzer, weshalb dann auch feuda alie nabilia nicht von der Gütergemeinschaft ausgenommen sind.

vid. Mev. ad jus Lubec. Lib. 2. Tit. 2. Art. 12. Nro. 309—311.

Abr. a Wesel de connub. bon. Societ. tract. 1. Nro. 61.

Lange v. d. Gemeinschaft d. Güter, IV. §. 3.

Gehört aber das Kolonat zur ehelichen Gütergemeinschaft, so hat der aufheirathende Ehegatte daran mit dem Anerben ein Condominium pro indiviso, und nach Absterben des letztern fällt den Kindern nicht das ganze Kolonat, sondern nur die Hälfte, und nach Unterschied $^2/_3$ desselben, eigenthümlich zu. Die andere Hälfte resp. $^2/_3$, bleibt dem überlebenden Ehegatten, nicht als

Digitized by Google

Intestaterben, sondern als Eigenthümer aus der Gütergemeinschaft. Man kann daher nach dem Absterben des Anerben das Kolonat nicht als einen abgesonderten Vermögenstheil desselben betrachten, ohne dem überlebenden Ehegatten sein wohlerworbenes Recht zu nehmen.

Die Gesetze vom 21. April 1825 haben dieses auch nicht beabsichtiget, denn sie haben dem Kolon das volle Eigenthum des Kolonats und die darin liegende freie Dispositionsbefugniß nicht genommen. Die Ministerial-Rescripte vom 20. August 1834 und 12. Aug. 1835 (Anlage XIV. und XV.) sprechen dieses zum Ueberfluß deutlich genug aus. Diese Gesetze und die Kab. Ordre vom 24. Nov. 1833 setzen also voraus, daß der Besitzer über das Kolonat nicht ein Anderes verfügt habe, und daher nach seinem Absterben ein Intestat-Erbfall eintrete, und sie wollen nur, daß in solchem Fall das Kolonat nach den alten Grundsätzen vererbt werde.

Wenn also ein Kolon heirathet, und dadurch das Miteigenthum des Kolonats auf seine Frau überträgt, so tritt bei seinem Absterben in Ansehung des Antheils der Frau kein Intestat-Erbfall ein, und können daher die alten Vererbungs-Grundsätze keine Anwendung finden.

Nach den Grundsätzen der ehelichen Gütergemeinschaft kann (wenigstens bei beerbter Ehe) kein Gatte einseitig über das zur gemeinsamen Gütermasse gehörige Vermögen letztwillig verordnen, also auch nicht über dasjenige, was er selbst eingebracht oder ererbt hat. Hiernach kann er also auch über die Erbfolge in dem von ihm herkommenden Kolonate eben so wenig als der aufgeheirathete Ehegatte einseitig verfügen. Diese Ansicht hat auch der

Digitized by Google

zweite Senat des Ober-Landesgerichts zu Münster in dem Erkenntniß in Sachen Meerschive wider Hesseler vom 25. Mai 1836 angenommen und darnach die auf eine einseitige Disposition des verheiratheten Anerben gegründete Klage abgewiesen.

Auch nach Absterben des aufgeheiratheten Ehegatten kann der Anerbe über den, zufolge der Gütergemeinschaft, den Kindern angefallenen Antheil am Kolonate nicht testiren.

War aber die Ehe kinderlos, und während derselben dem Anerben das volle Eigenthum des Kolonats zugefallen, so fällt nach Absterben Eines der beiden Ehegatten die Hälfte auf die Erben des zuerst verstorbenen, und die andere Hälfte bleibt dem Ueberlebenden nebst dem Nießbrauch der ersten Hälfte. Nach dem unbezweifelten Herbringen werden nämlich im Münsterschen alle während der Ehe gewonnene und erworbene Güter, mit einziger Ausnahme der ererbten, zum Acquäst gerechnet und bei unbeerbter Ehe zwischen dem Ueberlebenden und dem Erben des Verstorbenen Gatten getheilt.

Im Vest Recklinghausen stellt sich die Sache anders. Nach dortigem Recht gehört das Kolonat, wovon Einem der Ehegatten das volle Eigenthum vor der Ehe zugefallen ist, zu seinem eingebrachten Immobilar-Vermögen, worüber er testiren kann, und welches, wenn er nicht ein anderes verordnet hat, seinen Kindern oder nächsten Verwandten zufällt, wovon jedoch dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch gebühret, den er ihm nicht entziehen kann. Hier tritt also jetzt in Ermangelung einer gültigen Disposition die alte Erbfolge ein.

Digitized by Google

Wenn hingegen das volle Eigenthum des Kolonats einem Ehegatten während der Ehe zugefallen, so fragt es sich: ob dasselbe als Immobiliaracquäst anzusehen sey, oder ob es zum eingebrachten oder anerfallenen Gute gehöre? Referent hält es für anerfallenes Gut, aus den im Prov. Recht von Recklinghausen §. 120. in der Note angeführten Gründen. Dasselbe muß daher, wenn der Besitzer nicht ein Anderes darüber verordnet hat, nach den alten Grundsätzen vererbt, dem überlebenden Ehegatten aber jedenfalls der lebenslängliche Nießbrauch gelassen werden.

Sollte das Kolonat aber zum Acquäst gerechnet werden müssen, so würde, wenn keine Kinder vorhanden, jeder Ehegatte, mit Vorbehalt des dem Ueberlebenden gebührenden Nießbrauchs, über die Hälfte testiren können, und in Ermangelung einer Disposition die Hälfte des Kolonats dem überlebenden Ehegatten verbleiben, die andere Hälfte aber den nächsten Anverwandten des Verstorbenen zufallen, der Ueberlebende jedoch den Nießbrauch davon behalten. Wenn hingegen Kinder vorhanden, würden nur beide Eheleute gemeinschaftlich disponiren können, und wenn dieses nicht geschehen, das Kolonat nach den alten Grundsätzen vererben, dem überlebenden Ehegatten aber der lebenslängliche Nießbrauch verbleiben.

Nach dem Lingenschen Statutarrecht fällt das Kolonat in allen Fällen in die Gütergemeinschaft, und nach Absterben des einen Ehegatten behält der Ueberlebende die Hälfte als sein Eigenthum; die andere Hälfte fällt auf die Kinder oder nächsten Erben. Der überlebende Ehegatte hat aber den Nießbrauch bis zur Großjährigkeit

Digitized by Google

der Kinder, oder bis sie eine abgesonderte Wirthschaft anfangen, und wenn keine Kinder vorhanden, auf Lebenslang. Während der Ehe kann auch kein Ehegatte ohne Bewilligung des andern letztwillig disponiren. (s. Prov. Recht von Tecklenburg und Lingen, §. 78 seq.)

In der Grafschaft Tecklenburg bestand nur unter Eigenbehörigen Gütergemeinschaft, welche nach dem A. L. R. regulirt wurde. Das Kolonat fiel also in die Gütergemeinschaft, und nach Absterben des einen Ehegatten nimmt der Ueberlebende die eine Hälfte als sein Eigenthum zurück; die andere wird als Nachlaß des Verstorbenen angesehen. (A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 637. 638.) Während der Ehe können diese Folgen der Gütergemeinschaft nur durch Verträge abgeändert werden (§. 413. 418. das.), woraus folgt, daß kein Ehegatte einseitig über die künftige Erbfolge disponiren kann. —

Dieses gilt aber nur von Eheleuten, welche beim Bestehen der Eigenhörigkeit geheirathet haben. Bei allen andern tritt in Ermangelung einer gültigen Disposition des Anerben die Erbfolge im Kolonate nach den vormaligen Grundsätzen ein.

25) Zu §. 131. Der O. L. G. Assessor Piners (N. Archiv 1835 S. 563—568.) ist der Meinung, daß nicht das bloße Grundstück, sondern mit demselben auch die Pertinenzstücke im Sinne des A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 41 seq. nach den vormaligen Grundsätzen vererbt werden. Allein nach der Münsterschen Eigenthums-Ordnung war nur das nackte Grundstück Gegenstand des Heimfalls, und nur dieses wurde vererbt, indem

Digitized by Google

das ganze Pekulium, wenn der Anerbe solches nicht durch Redimirung des Sterbfalles an sich gebracht hatte, dem Gutsherrn zufiel. Die Meinung des Herrn Verf., daß nur das nackte Grundstück nach den alten Grundsätzen vererbt werde, ist also wohl die richtigere.

26) Zu §. 133. Schepers (N. Archiv 1834 S. 734.) ist der Meinung, der von den gleichberechtigten Kindern aus ihrer Mitte bestimmte Auffolger brauche den Abgehenden nur Brautschätze nach der alten Art zu geben, und es könne keine Versteigerung unter den Gleichberechtigten statt finden. Der Herr Verf. und mit ihm Piners (N. Archiv 1835 S. 561.) vertheidigen aber mit überwiegenden Gründen die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über die Auseinandersetzung einer gemeinschaftlichen nicht theilbaren Sache, A. L. R. Thl. I. Tit. 17. §. 90 sq.

27) Zu §. 134—138. Daß und wie das von dem Herrn Verf. hier Vorgetragene nach den zu §. 126. dort gestellten Grundsätzen zu berichtigen sey, ergibt sich von selbst. In der Anmerk. b. zu 134. ist das Erkenntniß des Geh. Ober-Tribunals in Sachen Frielman wider Baggewöste angeführt, wodurch der Wittwe des Anerben nur der lebenslängliche Nießbrauch am Kolonate zuerkannt worden. Der Herr Verf. hat aber übersehen, daß der Anerbe schon zur Zeit des Bestehens der Eigenthums-Ordnung gestorben war. (s. die Vorrede zum Prov. Recht von Recklinghausen, S. XIX.)

Uebrigens ist hier noch zu bemerken: 1) Der Auffolger im Kolonat kann sich durch Ausschlagung des peculii seiner Aeltern von Zahlung der Schulden nich-

Digitized by Google

befreien. Denn das Kolonat war seiner Aeltern volles Eigenthum, und er succedirt nicht mehr wie vormals ex pacto et providentia majorum, sondern ex beneficio ultimi defuncti; 2) Da bloß die Grundstücke nach den vormaligen Grundsätzen vererbt werden, so bleiben alle Schulden, so wie die Forderungen und das sonstige Vermögen, der gewöhnlichen Erbfolge unterworfen, und werden unter alle Kinder vertheilt. Selbst die consentirten so wie die eingetragenen Schulden sind nicht ausgenommen.

Piners meint (N. Archiv 1835 S. 571), wenn der Auffolger im Kolonate den übrigen Nachlaß ausschlage, so sey er in Ansehung des ersteren als Legatar zu betrachten, und für die Schulden nicht persönlich haftbar, obwohl die Execution in das Kolonat als Nachlaßstück nachgesucht werden könne. Dieser Meinung kann man jedoch keinen Beifall geben, weil der Auffolger als Intestaterbe ex beneficio ultimi defuncti den Hof erhält, nicht als Legatar.

28) Zu §. 140. Der hier aufgestellte Satz: daß die von dem aufgeheiratheten Gatten in zweiter Ehe erzeugten Kinder, wenn aus erster Ehe keine vorhanden, vor den Collateralen zur Successsion gelangen, kann nur gelten, wenn nicht die eheliche Gütergemeinschaft mit dem verstorbenen Anerben ein anderes Rechtsverhältniß hervorgerufen hat. (S. oben die Bemerkung zu §. 126.)

29) Zu §. 142. Die auf das Kolonāt eingetragenen Schulden fallen, wie schon oben bemerkt, allen Kindern zur Last. Der Herr Verf. meint, sie müßten den Anerben allein treffen, und dieser werde dadurch um so

Digitized by Google

weniger verletzt, als bei der Abfindung der übrigen Kinder aus dem Kolonate der Betrag jener Schulden schon berücksichtiget, von ihnen also in der That mit übertragen werde. Dieses ist aber nicht ganz richtig, indem bei der Brautschatzbestimmung jetzt nur noch bloß das Kolonat, keinesweges aber auch das peculium berücksichtigt wird, wozu auch die eingetragenen Schulden gehören, und überdieß bei der Brautschatzbestimmung der Werth des Kolonats zwar berücksichtiget aber keineswegs zu gleichen Theilen vertheilt wird.

Nach Piners (N. Archiv 1835 S. 527.) soll der Auffolger im Kolonate als solcher, den Miterben gegenüber, nur für die hypothekarischen Schulden, so wie dieses bei einer legirten Sache im A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 325. 327. ausgesprochen ist, haftbar seyn. Allein dieses ist mit dem oben zu §. 134. angeführten Grundsatz, wornach alle Activa und Passiva der gemeinen Erbfolge unterworfen sind, nicht vereinbar.

30) Zu §. 143. Nr. 3. siehe die Bemerk. zu §. 142. Zu Nr. 5. 6. Nach der Münsterschen Eigenth. Ord. II. 8. 5. nahm der Gutsherr den ganzen Nachlaß der Kinder, welche nicht mehr in dem Brode ihrer Aeltern, 25 Jahre alt und ungeheirathet waren. Wenn sie also noch im Brode ihrer Aeltern, oder unter 25 Jahren alt waren, so wurden sie von ihren Aeltern beerbt. Jetzt, da das Erbrecht des Gutsherrn aufgehört hat, tritt die gewöhnliche Erbfolge ein. Sobald aber der Brautschatz bestimmt ist, gehört derselbe zum Vermögen, wenn er auch erst später fällig wird. Selbst wenn er noch nicht bestimmt, das Kind aber schon geheirathet, oder doch

Digitized by Google

schon vom Hofe abgegangen ist, gehört der noch zu bestimmende Brautschatz zu dessen Vermögen, also bei seinem Absterben zum Nachlaß.

31) Zu §. 146. Um Mißverständnissen vorzubeugen, muß hier bemerkt werden, daß Interimswirthschaft und mahljähriger Besitz verschieden sind. Erstere trat ein, wenn der Anerbe zur zweiten Ehe schritt, nach Eig. Ord. II. 9. §. 13. 14.

Nach Ablauf der Mahljahre mußte das Colonat an den Anerben abgetreten werden, das peculium fiel aber nach der Münster. Eig. Ord. II. 10. 5. dem Gutsherrn zu. Der von dem Geh. Ober-Tribunal in Sachen Stradtmann wider Westlinning angenommene Grundsatz scheint daher unrichtig zu seyn, indem der Colonats-Erbe auf das peculium kein Recht hatte, als nur in so weit er den Sterbefall bedungen und dadurch das Recht des Gutsherrn an sich gebracht hatten.

Schließlich schmeichelt sich Referent, daß die kurzen Bemerkungen, wenn sie auch nicht überall Beifall finden möchten, doch Veranlassung zu ausführlicheren und gründlicheren Erörterungen geben werden.

Digitized by Google

XXIV.

Wie sind die vor Einführung der Preußischen Gesetzgebung entstandenen Pfandrechte auf Mobilien und Forderungen, und wie solche ältere im Lauf der bestimmten Präclusiv-Termine nicht angemeldeten Hypotheken auf Immobilien zu classificiren?

Abhandlung
von
Sommer.

(Publ. Patente vom 5. Februar 1794 §. 15. vom 21. Juni 1825 §. 22. vom 9. Sept. 1814 §. 15. vom 9. Nov. 1816 §. 19. vom 15. Nov. 1816 §. 15. — Hypothenken-Patent vom 22. Mai 1815 §. 9. vom 4. April 1818 §. 13. v. 16. Juni 1820 §. 13. 23.)

1.

Bei der Classification von Forderungen in Concurs und Liquidations-Prozessen wird auf vor Einführung der Preußischen Gesetzgebung entstandene Pfandrechte gewöhnlich nur insofern Rücksicht genommen, als solche in den durch die verschiedenen Hypotheken-Patente bestimmten Präclusiv-Fristen oder durch Nachholung vor Eröffnung des Schuldverfahrens die Rechte der dritten Classe erlangt haben. Dies beruht indessen auf Irrthum, und es ist diese Frage einer näheren Anregung bedürftig. Erörtern wir den Gegenstand zuvörderst für das Arnsberger Oberlandes-

Digitized by Google

Gerichts-Departement nach dem Publications-Patent vom 21. Juni 1825, und später für die übrigen Bezirke!

Das Publications-Patent vom 21. Juni 1825 geht §§. 6—13. vom Recognitions-System, wie es zuerst durch das Sächsische Hypotheken-Patent vom 16. Juni 1820 angebahnt war, aus. Die Anmeldung und Recognition des Titels giebt hienach das sonst nur durch hypothekarische Eintragung zu erlangende Recht, die Ansprüche gegen dritte Besitzer zu verfolgen und bei einem ausbrechenden Concurse in die dritte Classe nach dem Zeitpunkte der geschehenen Anmeldung angesetzt zu werden. Der §. 394. Allg. G. O. l. 50., wonach, wenn noch keine ordentliche Hypothekenbücher eingerichtet sind, auch keine dritte Klasse statt finden kann, ist hier also in so weit aufgehoben. Was nun die Behandlung der vor Einführung der Preußischen Gesetze entstandenen Pfand- oder Hypothekenrechte betrifft, so enthält darüber der §. 22. des Publications-Patents vom 24. Juni 1825 folgende Bestimmung:

„Wenn es auf die Klassification der Forderungen mehrerer Gläubiger ankommt, so sind in allen Fällen, in welchen nach dem 1. December d. J. der Konkurs oder Liquidations-Proceß eröffnet, oder das Kreditwesen eingeleitet worden, die Vorschriften der Preußischen Gesetze, ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze, zum Grunde der Entscheidung zu legen.

Ist ein wirkliches Pfand- oder Hypothekenrecht, es mag dies ein ausdrückliches oder stillschweigendes seyn, vor Einführung der Allgemeinen Gerichts-Ordnung be-

Digitized by Google

stellt werden; so muß der Gläubiger auch bei der, nach den Vorschriften der Allgemeinen Gerichts-Ordnung statt findenden Klassification als Pfand- oder Hypotheken-Gläubiger angesehen werden. Unter mehreren älteren Gläubigern wird die Priorität nach den bisherigen Gesetzen bestimmt. Der Anspruch auf die dritte Klasse kommt jedoch den älteren Hypothekengläubigern nur in so fern zu gut, als sie sich vor dem 1. Septbr. 1826 melden, in welchem Falle sie nach der Vorschrift des §. 9. zu behandeln sind, und dadurch die im §. 10. angegebenen Rechte erlangen, auch in Absicht der Bestimmung der Priorität die Zeit der Anmeldung nicht beachtet werden soll. Wer sich bis zu jenem Tage nicht gemeldet hat, verliert jeden Anspruch auf diese durch die älteren Gesetze begründete Priorität und ist lediglich nach unsern gegenwärtig eingeführten Gesetzen zu beurtheilen."

Es ergeben sich hieraus drei Grundsätze:

a) Alle nicht auf Pfandrechten beruhenden Bevorzugungen von Forderungen sind ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze nach den jetzigen Gesetzen zu beurtheilen, die früheren Gesetze werden hier nicht als solche, welche schon jura quaesita gegeben hätten, angesehen.

b) Ist aber „ein wirkliches Pfand- oder Hypothekenrecht" unter der Herrschaft der alten Gesetze entstanden, so währt dieses unbedingt fort, der also gesicherte Gläubiger muß auch bei der nach den Vorschriften der Allg. Ger. Ordnung statt findenden Classification als Pfand- oder Hypotheken-Gläubiger angesehen

Digitized by Google

werden, und unter mehreren muß sogar die Priorität nach den früheren Gesetzen bestimmt werden.

c) Um aber den Anspruch auf die dritte Classe zu erlangen, und zugleich hiebei die durch die alten Gesetze vermittelte Priorität ohne Rücksicht auf die Zeit der jetzigen Anmeldung, wenn diese nur überhaupt im Lauf der Präclusiv-Frist erfolgt, zu erhalten, muß die verordnete Anmeldung vor dem festgestellten Präclusiv-Termine geschehen, sonst aber ist diese, ohne Rücksicht auf die Zeit der jetzigen Anmeldung feststehende, Priorität für die dritte Classe verloren.

2.

Was nun zuvörderst die Pfand-Ansprüche auf Mobilien und Forderungen betrifft, so entstanden diese bekanntlich nach gemeinem Rechte ohne Tradition, so wie ohne Aushändigung der Instrumente, was hingegen die Preußische Gesetzgebung (A. L. R. I. 20. §. 71. 281. A. G. O. I. 50. §. 377.) erfordert. Jene vor Einführung der Preußischen Gesetzgebung entstandenen Pfandrechte bleiben also auch jetzt bestehen, wenn gleich der Gläubiger nicht den körperlichen oder symbolischen Besitz der Pfands-Objekte erlangt hat.

Zweierlei kommt hier zur Sprache:

a) das Verhältniß zu Pfandrechten auf Mobilien oder Forderungen, welche — die Pfandrechte nämlich — unter der Herrschaft der Preußischen Gesetze nach deren Formen entstanden sind. Hier muß nach allgemeinen Grundsätzen der frühere Gläubiger, welcher

Digitized by Google

keinen Besitz für sich hat, dem preußisch-rechtlichen Pfandbesitzer weichen, (A. L. R. I. 20. §. 80-119. I. 15. §. 25. 26.)

b) Der Ort, wo ein solcher gemeinrechtlicher Pfandberechtigter zu lociren, kann kein anderer seyn, als da, wo wirklich die Vortheile des Pfandrechts gewährt werden. Wenn er also gleich dem Preußisch-rechtlichen Faust-Pfandgläubiger weichen muß, wenn man ferner nicht bezweifelen kann, daß er dem Verpachter und Vermiether rücksichtlich seines Pfandrechts quoad invecta et illata so wie den Schiffern und Fuhrleuten (A. G. O. I. 50. §. 382. 383.) weichen muß, weil hier eben ein Besitz des Vermiethers oder Schiffers ꝛc. supponirt werden muß, so muß er doch immerhin nach diesen in der zweiten Classe oder doch was dasselbe ist, vor der vierten Classe (da die dritte hier nicht in Betracht kommt) locirt werden.[1]) Denn nur die zweite Classe hat Pfandrechte auf Mobilien und Forderungen, und da „der Gläubiger auch bei der nach den Vorschriften der Allgemeinen Gerichts-

---

[1]) Da Nr. XIV. der zweiten Classe (Assecuranzprämie A. G. O. I. 50. §. 384.) eigentlich nur eine auf der Sache haftende zu ihrer Erhaltung kontrahirte, und darum als real betrachtete, Abgabe unterstellt und mit keinem anderen Vorrechte collidiren kann, indem sie nur auf dieser Sache haftet, so ist es gleichgültig, ob man das gemeinrechtliche Pfandrecht nach der XIII. oder XIV. Nr. folgen läßt, in die zweite oder vor die vierte Classe setzt.

Digitized by Google

Ordnung statt findenden Classification als Hypotheken-Gläubiger angesehen werden soll," so kann er auch nur an den Ort kommen, wo solche Pfandvorzüge gewährt werden können, muß vor den Ort kommen, wo andere als Pfandgläubiger befriedigt werden.[2]) Von der vierten Classe ab werden nur

---

2) Deßwegen geben die Publikations-Patente für das Großherzogthum Posen vom 9. Nov. 1816 §. 19. und für Kulm, Michelau und Thorn vom selben Tage §. 18. den bisherigen Pfandrechten ohne Weiteres die zweite Classe — eine Analogie, die hier ganz schlagend ist, da der §. 19. im übrigen grade so, wie der §. 22. des Publ. Patents vom 21. Juni 1825 bis zu dessen Bestimmungen über die dritte Classe lautet; „Wenn es auf eine Klassification der Forderungen mehrerer Gläubiger ankommt, so sind in allen Fällen, in welchen der Streit zwischen mehreren Gläubigern über das Vorzugsrecht erst nach dem 1. März 1817 eintritt, die Vorschriften der Preußischen Gesetze, ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze, zum Grunde der Entscheidung zu legen. Ist aber ein wirkliches Pfand- oder Hypothekenrecht bestellt oder erworben worden, so muß der Gläubiger bei demselben geschützt werden. Gleichergestalt verbleibt den gerichtlichen, so wie den stillschweigenden oder gesetzlichen Hypotheken, ihr bisheriges Vorzugsrecht; so, daß den Pfandrechten die zweite Classe, den Hypotheken aber die dritte Klasse der in der Allgemeinen Gerichts-Ordnung vorgeschriebenen Concurs-Ordnung, und in diesen Classen der locus nach der Folge, welche den Vorschriften der bisherigen Gesetze gemäß ist, gewährt bis das von neuem zu regulirende Hypothekenwesen (§. 26.) die Rang-Ordnung der Hypothengläubiger bestimmt haben wird."

Digitized by Google

nicht auf wirklichen Pfandrechten beruhende Vorzüge behandelt, und wenn gleich die Forderungen der vierten und fünften Classe einen rechtsgültigen Titel zum Pfandrechte haben (A. G. O. I. 51. §. 12.), daher auch in dieser Beziehung, in der häufig so ungenauen Sprache unserer Gesetzgebung, und aus Reminiscenz des gemeinen Rechts[3]) Real-Ansprüche genannt werden (A. G. O. I. 51. §. 8. 12. 27.), so ist dies aber doch noch kein eigentliches Pfandrecht selbst (A. L. R. I. 20. §. 6. 7. 8.), somit streng juristisch nur noch ein persönliches Recht.

Wenn daher gleich in der vierten und fünften Classe zwischen offenbar rein persönlichen Ansprüchen z. B. Equipagengelder (A. G. O. I. 50. §. 423.) eine Menge Forderungen vorkommen, welche gemeinrechtlich Legal-

---

[3]) Die Hypotheken und Concurs-Ordnung vom 19. Januar 1723 verordnete zwar die Eintragung der Hypotheken (§. 5. 6.), aber nur mit der Wirkung, daß auf die gerichtlichen Hypotheken die nicht eingetragenen stillschweigenden Hypotheken folgen. (§. 77.) Diese gehörten daher natürlich auch unter die Real-Ansprüche und mußten bei einem Liquidations-Prozesse zugezogen werden. Seit aber das Allgemeine Landrecht den Begriff von Pfand und Hypotheken durch Besitz und resp. Eintragung bedingt hat, kann man die nun blos als Vorzugsrechte in der 4. und 5. Classe erscheinenden früheren Hypotheken nur uneigentlich Real-Ansprüche nennen, und die Gerichts-Ordnung hat die früheren Ausdrücke des corpus juris Fridericiani ohne weitere Reflexion irrig beibehalten, dies auch indirekt im §. 99. A. G. O. I. 51. anerkannt.

Digitized by Google

Hypotheken hatten, so erscheinen sie doch hier juristisch nur als persönliche Ansprüche, und man würde somit sehr irren, wenn man die gemeinrechtlichen Pfandrechte hierhin lociren wollte. Man würde, dann, was freilich toto die geschieht, wesentliche Rechte verletzen, man würde z. B. eine gemeinrechtlich entstandene Legal-Hypothek der Ehefrau einem erst später unter der Herrschaft der Preußischen Gesetzgebung entstandenen Anspruch des Fiskus nachsetzen müssen (A. G. O. l. 50. §. 395. 406.), oder das gemeinrechtliche pignus praetorium dem Lotterieunternehmer nachsetzen. (A. G. O. l. 50. §. 441. 447.) Ja man würde für das gemeinrechtliche conventional-Pfand gar keinen Ort in der vierten und fünften Classe finden, daher auch nicht, wie doch der zweite Absatz des §. 22. des Pub. Patents vom 21. Juni 1835 ausdrücklich gebietet, die Priorität der gemeinrechtlichen Pfandrechte nach den früheren Gesetzen bestimmen können. Es bleibt daher nichts übrig, als die gemeinrechtlichen Pfandrechte, wie vorgeschlagen, am Ende der zweiten oder vor der vierten Classe einzuschalten, und so die Priorität und Unterscheidung eintreten zu lassen, welche der Gesetzgeber vom 21. Juni 1825 nun einmal verordnen wollte. Die Praxis dagegen, welche wir hiermit bekämpfen, locirt die gemeinrechtlichen Pfandrechte an die Stellen der verwandten Forderungen der vierten und fünften Classe, und läßt dabei die Conventional-Hypotheken ganz aus, bestimmt daher die Priorität zwischen mehreren älteren Gläubigern nicht, wie der zweite Absatz des §. 22. des Publ. Patents vom 21. Juni 1825 ausdrücklich gebietet, nach den bisherigen Gesetzen, sondern nach den neuen!

Digitized by Google

Kaum darf man wohl den Einwurf erwarten, daß die Gerichts-Ordnung keine Classe für solche gemeinrechtliche Pfandrechte ohne Besitz kenne. Da der Gesetzgeber nach §. 22. des Publ. Patents vom 21. Juni 1825 eine solche Classification dennoch befiehlt, so ist es Sache der Juristen, in der Gerichts-Ordnung passenden Orts einen Anhang für dieses transitorische Verhältniß einzuschalten. Der Gesetzgeber erhält der Forderung das dingliche Recht, sie muß also auch an einen Ort kommen, wo es ihr werden kann.

3.

Was die Immobilien betrifft, so ist die gemeinrechtlich darauf begründete Hypothek bestehen geblieben, nur soll sie nicht das Vorrecht der dritten Classe, und die in dieser Classe für die angemeldeten älteren Hypotheken ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung, vielmehr nach den älteren Gesetzen zu beurtheilende, Priorität haben. Hierin ist nun schon von selbst ausgesprochen, daß sie an der Immobiliar-Masse, welche für die Forderungen der dritten Classe und gewisse Forderungen der zweiten Classe (A. G. O. I. 50. §. 393.) gebildet ist, keinen Antheil haben, sondern nur an dem, was aus dieser Immobiliar-Masse zur Commun-Masse fließt. (§. 517. 524.) Und wo keine solche Forderungen der zweiten und dritten Classe vorhanden, ist das ganze Vermögen Commun-Masse. Aus dieser Gemein-Masse müssen nun die gemeinrechtlichen Hypotheken nach ihrer gemeinrechtlichen Priorität befriedigt werden. Mit anderen Worten, es tritt hier gar kein Unterschied zwischen Pfand-

Digitized by Google

rechten auf Mobilien und Immobilien ein, wie auch das gemeine Recht einen solchen nicht kennt. Dies hat denn auch die wichtige Folge, daß ein solcher, wenn auch aus Immobilien befriedigter, Pfandgläubiger zu den Communkosten, wie jeder andere Percipient der Gemein-Masse beitragen muß, da die Befreiung davon nur den Percipienten der eigentlichen Immobilar-Masse gegeben (§. 511, 530.), und es sich nach dem ersten Absatze des §. 22. des Publ. Patents vom 21. Juni 1825 von selbst versteht, daß hier nur die Grundsätze der Gerichts-Ordnung Anwendung finden können. Denn es handelt sich hiebei nur um das Verfahren, nicht um materielle jura quaesita der Forderung selbst.

Der Ort, an den die gemeinrechtlichen Hypotheken auf Immobilien kommen, kann diesemnach nicht zweifelhaft seyn, er ist wieder vor der vierten Klasse, weil in diese ja nur die kommen, welche noch nicht das Hypothekenrecht selbst, sondern nur einen rechtsgültigen Titel dazu haben (A. G. O. l. 51. §. 12.), die gemeinrechtliche Hypothek aber in sich schon vollendet, nicht etwa ein bloßer Titel zu einer solchen ist. Wir kommen hier also wieder an denselben Ort, an den auch die Pfandrechte auf Mobilien kommen, was auch natürlich, da gemeinrechtlich zwischen Mobilien und Immobilien nicht unterschieden wird, auch die Gerichts-Ordnung nur in so fern einen solchen Unterschied kennt, als sie für zur dritten und einige zur zweiten Classe stehende Gläubiger die dafür erforderlichen Immobilien aus der Gesammt-Masse als Ausnahme herausnimmt.

Die praxis nimmt alles dies nun, wie schon oben

Digitized by Google

bemerkt, nicht an. Sie leidet ältere nicht im Lauf der Präclusiv-Frist des §. 22. des Publ. Patents vom 21. Juni 1825 zur dritten Classe angemeldeten Hypotheken als solche nirgend auf Mo- oder Immobilien, sondern nur in der vierten und fünften Classe, so fern dort verwandte Vorrechte vorkommen, und in der dort bestimmten Priorität. Man rechtfertigt diese Willkühr durch den Schluß des §. 22.: „Wer sich bis zu jenem Tage nicht gemeldet hat, verliert jeden Anspruch auf diese durch die ältern Gesetze begründete Priorität und ist lediglich nach Unsern gegenwärtig eingeführten Gesetzen zu beurtheilen.“ Allein diese Priorität, welche hier verloren geht, ist offenbar nur die in der dritten Classe, welche man erhält, wenn man sich im Lauf des Präclusiv-Termins meldet, indem alsdann „auch in Absicht der Bestimmung der Priorität die Zeit der Anmeldung nicht beachtet werden soll.“ Es ist dies besonders in der Beziehung von großer Erheblichkeit, daß, da das Pfandrecht in Bezug auf den Schuldner nirgend aufgehoben, somit auch noch durch spätere Anmeldung das Recht der dritten Classe dafür erlangt werden kann, alsdann doch nur der Zeitpunkt der Anmeldung und nicht die frühere Priorität entscheiden kann und soll. — Der Schluß „und ist lediglich nach Unsern gegenwärtig eingeführten Gesetzen zu beurtheilen,“ kann unmöglich aufheben wollen, was so eben in demselben zweiten Absatz des §. 22. gesagt war, daß der „Gläubiger auch bei der, nach den Vorschriften der allgemeinen Gerichts-Ordnung statt findenden Classification als Pfand- oder Hypothekengläubiger angesehen werden solle, und daß unter mehrern ältern Gläubigern

Digitized by Google

die Priorität nach den bisherigen Gesetzen bestimmt werde.“ Er kann nur auf die dritte Classe und deren Priorität bezogen werden, wenn man nicht mit Gewalt Sprachwidrigkeit und Inconsequenz in das Gesetz hinein interpretiren will. Der gedachte Schluß soll also nur sagen, daß von nun an erst von der Anmeldung an die Priorität der dritten Classe entstehe, und nur, sofern eine solche Anmeldung noch statthaft, der Schuldner noch dispositionsfähig, noch nicht der Concurs erkannt sey.

4.

Man könnte noch fragen, wie die General-Hypotheken hier zu stehen kommen. An und für sich stehen sie den Special-Hypotheken gänzlich gleich, und sobald man einmal eine Hypothek ohne Besitz und Eintragung annimmt, wird es für den Dritten ziemlich gleichgültig seyn, ob diese heimliche Hypothek eine generelle oder specielle ist. Das allgemeine Landrecht kennt ein allgemeines, durch Gesetze oder Vertrag begründetes Pfandrecht nur in dem Sinne, daß der Berechtigte die Auslieferung gewisser bestimmter Sachen alsdann fordern könne, wenn er Cautionsstellung zu fordern befugt ist (A. L. R. I. 20 §. 112. 3—10.), so daß es also nur ein Titel zur Erlangung eines Pfandrechts, nicht aber ein solches selbst ist. Darum kennt denn auch der §. 113. A. L. R. I. 20. keine Verpfändung künftiger Sachen, weil sie nicht übergeben werden können. Eben darum muß nun auch mit dem Einführungs-Termin der Preußischen Gesetze die General-Hypothek abgeschlossen werden, das heißt, sie kann von nun an nicht mehr auf neue Objecte, die ins Ei-

Digitized by Google

genthum des Schuldners kommen, gehen. Das Publ. Patent schützt nur die bis zur Einführung der Preußischen Gesetze erworbenen Rechte, gestattet aber nicht, neue gegen deren Satzungen (A. L. R. I. 20. §. 113.) zu erwerben. Es tritt hier ein, was von Bülow[4]) von dem Falle, wo der Schuldner stirbt, bemerkt, das sonst auf seiner universitas haftende Pfandrecht wird nun secundum quid generale. Nur aber wird da, wo eine universitas facti, welche dem Wechsel unterworfen ist, Gegenstand des Pfandrechts ist, dasselbe auch auf jetzt neu surrogirte Sachen gehen, da dies auch bei der Specialhypothek solcher universitates gilt (L. 13. pr. L. 34. pr. de pignor. 20. 1.), und ebenfalls der Preußischen Gesetzgebung gemäß ist. (A. L. R. I. 2. §. 32. 36. 38.)

5.

Die bisher entwickelten Ansichten entsprechen auch im Wesentlichen dem, was in anderen Landesthekken — mit Ausnahme jedoch von Sachsen — verordnet worden. Hier tritt nun gleich

1) die allgemeine Satzung des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 — bezogen im §. 99. A. G. O. I. 51. — ein,

daß die gesetzlichen und stillschweigenden Hypotheken zwar ihre bisherigen Vorrechte gegen den eigentlichen Schuldner und dessen Erben, sowie bei einem über das

---

[4]) Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts, 1817 Thl. I. S. 135.

Digitized by Google

Vermögen oder den Nachlaß des Schuldners entbehren, den Concurse behalten, auf den dritten Besitzer der damit behafteten unbeweglichen Sache aber, welcher nicht Erbe seines Vorfahren im Besitz geworden ist, nur in so fern übergehen sollen, als dieselben diesem dritten Besitzer bei der Erwerbung des Grundstücks bekannt gewesen, oder in das gerichtliche Hypothekenbuch eingetragen sind, und daß zu diesem Ende ein dreijähriger Zeitraum zur Eintragung solcher Hypotheken offen bleiben solle, während deren die Anmeldungen auch noch das Recht gegen den Dritten erhalten.

Dasselbe muß auch bei älteren Hypotheken auf bewegliche Sachen gelten, da sichtlich die erworbenen Rechte nur insofern beschränkt werden sollen, als es zur Sicherheit sich in gutem Glauben befindender Dritter nöthig ist.[5])

2) Das Publications-Patent vom 9. Sept. 1814 für die von den Preußischen Staaten getrennt gewesenen mit denselben wieder vereinigten Provinzen bestimmt §. 15.:

„Wenn es auf eine Classification der Forderungen mehrerer Gläubiger ankömmt, so sind in allen Fällen,

---

[5]) Wo die Hypotheken- und Concurs-Ordnung vom 17. Jan. 1723 volle Gesetzkraft hatte — was aber nicht in allen Theilen der Monarchie der Fall war — konnte diese Frage freilich nur bei Legal-Hypotheken vorkommen, da nach §. 29. derselben „künftig, es sey gerichtlich oder außergerichtlich, kein Pfandrecht in beweglichen Vermögen **constituirt** werden sollte, es wäre dann das Pfand dem Creditori zu Händen gestellt."

Digitized by Google

in welchen der Streit zwischen mehreren Gläubigern über das Vorzugsrecht erst nach dem 1. Jan. 1815 eintritt, die Vorschriften der Preußischen Gesetze ohne Rücksicht auf die, zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze, zum Grunde der Entscheidung zu legen. Ist aber ein wirkliches Pfandrecht bestellt worden, so muß der Gläubiger bei demselben geschützt werden. Gleichergestalt verbleibt den aus Urtheilen eingetragenen, sowie den stillschweigenden und gesetzlichen Hypotheken ihr bisheriges Vorzugsrecht."

Das Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 verordnet nun zwar eine Anmeldung der Hypotheken auf Immobilien, bestimmt aber §. 9.:

„Diejenigen, welche sich nicht melden, behalten zwar ihre Rechte gegen die Person ihres Schuldners, oder gegen dessen Erben, und können sich auch an das ihnen verhaftete Grundstück, insofern solches noch in den Händen dieses ihres Schuldners oder dessen Erben befindlich ist, halten. Gegen einen Dritten aber und zu dessen Nachtheil soll ein solcher Gläubiger kein Realrecht an das Grundstück auszuüben im Stande seyn."

Hieraus folgt, daß also auch hier die Pfandrechte auf Immobilien — und noch vielmehr auf Mobilien, von denen das Hypotheken-Patent selbstredend gar nicht handelt — soweit sie nicht mit unter der Herrschaft der Preußischen Gesetzgebung von Dritten erworbenen Rechten in Widerspruch gerathen, geachtet werden müssen somit zwar nach den Gläubigern in der zweiten und

Digitized by Google

resp. dritten Classe, aber vor der vierten zu stehen kommen müssen.

3) Dieselben Bestimmungen enthalten die Publications-Patente für Kulm, Michelau und Thorn vom 9. November 1816 §. 19. und für das Großherzogthum Posen vom 9. November 1816 §. 19.[6]) und das Hypotheken-Patent für diese Landestheile vom 4. April 1818 §. 13., und es ist hiebei blos merkwürdig, daß die Publications-Patente ausdrücklich den Pfandrechten die zweite, und den Hypothekenrechten die dritte Classe nach der Folge, welche den früheren Gesetzen gemäß ist, zugestehen, bis dahin das von neuem zu regulirende Hypothekenwesen die Rangordnung der Hypotheken-Gläubiger bestimmt haben werde. Da das Hypotheken-Patent nun von Pfandrechten auf Mobilien nichts gesagt, und die Hypotheken, wenn sie auch nicht angemeldet, gegen den Schuldner erhalten hat, so bewendet es auch hier bei den oben dargestellten Ansichten, selbstredend mit den Beschränkungen, die das französische Recht, so früher dort gegolten, darbietet.

4) Das Sächsische Publications-Patent vom 15. November 1816 §. 15. und das Sächsische Hypotheken-Patent vom 16. Juni 1820 §. 12. 13. 23. 25. 26. enthalten manches Singuläre.

Rücksichtlich der ausdrücklich bestellten Hypotheken auf Mobilien steht es fest, daß die Gläubiger auch bei der nach den Vorschriften der allgemeinen Gerichts-Ordnung

---

[6]) excerbirt oben Note 2.

Digitized by Google

statt findenden Classification als Pfandgläubiger angesehen werden müssen, also auch vor die vierte Classe kommen werden. Gleiches ist aber nicht von den Legal-Hypotheken auf Mobilien verordnet [7]), offenbar darum, weil deren Interessen durch die vierte und fünfte der Conkurs-Ordnung so ziemlich gewahrt sind, wogegen es aber für die dort nicht vorkommenden ausdrücklichen Hypotheken allerdings einer besondern Vorsorge bedurfte. — Dies gilt nun auch noch, denn wenn gleich der Schluß des erwähnten §. 15. sagt:

„Nach Verlauf des Termins, welcher zur Anmeldung der Real-Ansprüche durch eine besondere Verordnung bekannt gemacht werden wird, können auch ältere Hypothekenrechte nur nach Preußischen Gesetzen beurtheilt und klassifizirt werden,"

so ist doch im Hypotheken-Patent vom 16. Juni 1820 kein Termin für die Anmeldung von Real-Ansprüchen auf Mobilien bestimmt worden.

Obgleich nun die nicht angemeldeten Realrechte auf Immobilien gegen den Schuldner und dessen Erben bestehen bleiben, [8]) so können sie im Concurse doch nur nach der Gerichts-Ordnung locirt werden, weil es der eben ad a ausgehobene §. 15. des Publications-Patents und der §. 13. des Hypotheken-Patents bestimmt.

---

[7]) §. 15. Publ. Pat. vom 15. Nov. 1816.

[8]) Hypothek. Pat. vom 16. Juni 1820. §. 23.

Digitized by Google

XXV.

Von der Absetzbarkeit der Richter in Preußen.

Von

Sommer.

Auch Recension von

1) Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Bd. 45. S. 5—86.

2) Ausübung oberstrichterlicher Gewalt des Staats und Cabinets-Justiz in wesentlicher Differenz dargestellt von Karl Friedrich Ferdinand Sieze. Potsdam, 1835. Verlag von Ferdinand Riegel. S. 132. und 120. (Preis 2 Thlr.)

Man hat den Cardinal-Satz der Unabhängigkeit der Gerichte, der Nicht-Absetzbarkeit der Richter dann durch Urtel und Recht, bei uns bezweifeln zu dürfen geglaubt. Man hat die Frage in das gefährliche Thema der Theilung der Staatsgewalten hinüberzuspielen versucht. Die Gesellschaft, keineswegs eine Theilung der bei uns nothwendig Einen souverainen Gewalt wünschend, ergreift dumpfes Erstaunen, indem man ihr beweist, ihre bisherige loyale Gesinnung sey fortan nicht mehr vereinbar mit dem Glauben an jenen Cardinal-Satz. Noch schüttelt sie den Kopf, noch kann sie nicht glauben, das Staatswohl, die ihr heilige Pietät gegen den Thron erfordere

Digitized by Google

das Aufgeben jenes Grundsatzes. Versuchen wir eine Verständigung!

Die Frage, was Wahrheit sey, die schon Pilatus an Christus gethan, ist noch nie peremtorisch beantwortet, selbst der einst so genannte Staatsphilosoph Hegel hat sie noch nicht abgeschlossen. Weil die Gesellschaft aber nicht warten kann, bis die wirkliche Wahrheit gefunden, sind ihr, durch einen sicheren Natur-Instinkt geleitet, Institutionen gegeben, wodurch sie ihren Bedarf von Wahrheit schon jetzt gleich erhält, die förmliche Wahrheit nämlich. Es ist der Glaube an Authoritäten, der allem Erhabenen in der Gesellschaft zum Grunde liegt. Die Kirche glaubt, was in ihr traditionell von jeher geglaubt, was als solches von den Concilien ausgesprochen worden ist und wo sich aus ihrem Schooße eine neue Kirche, die bisherige Authorität verneinend, gebildet, gibt sich sehr bald ein unabweisbares Streben nach neuen Authoritäten kund.[1]) Dem Staate ist seine Regierungsform die beste, grade weil er sie hat, der fromme Glaube an die Authorität ist auch hier der Grundsäulen festeste. Und so ist Recht dasjenige, was die Gesellschaft von jeher dafür gehalten, was sich in ihr als solches entwickelt. — Alles das ist nun freilich nicht stagnirend, sondern in beständigem Flusse. Von Zeit zu Zeit nimmt die förmliche Wahrheit neue Elemente der erkannten wirklichen in sich auf, die Philosophie, auch eine Art innerer Offenbarung, wirkt auf die Kirche und auf die Regierungs-

[1]) Daher auch der immer in neuen Gestalten wieder auftauchende Kampf über symbolische Bücher, regula fidei u. s. w. in der evangelischen Kirche.

Digitized by Google

form, und auch das Leben wie die Gesetzgebung vervollkommnet das Recht. Aber alles dies wird mit dem Kapital der herrschenden Autoritäten assimilirt, sie nehmen das Neue in sich auf; es wird ein Altes.

Der solchergestalt auf Autoritäten ruhende Staat kennt praktisch nur das förmliche Recht, es würde ein Widerspruch mit seinem Prinzip seyn, wenn er ein anderes anerkennen und ausführen wollte.

„Alle Menschen können irren, der König wie der Philosoph, und letztere vielleicht am ersten, da sie beide zu hoch stehen, und vor der Menge Sachen, die vor ihren Augen schweben, keine einzige vollkommen ruhig und genau betrachten können. Dieserwegen haben es sich alle Nationen zur Grundfeste ihrer Freiheit und ihres Eigenthums gemacht, daß dasjenige, was ein Mensch für Recht oder Wahrheit erkennet, nie eher als Recht gelten solle, bevor es nicht das Siegel der Form erhalten. — Zur Form Rechtens gehört, daß es von einem befugten Richter ausgesprochen, und in die Kraft Rechtens getreten sey. Dies ist ein Grundgesetz, worin ebenfalls alle Europäische Nationen übereinkommen, und der Monarch, der eine wirkliche Wahrheit gleich einer förmlichen zur Erfüllung bringen läßt, wirft dieses erste, und jedem Staate heilige Grundgesetz, ohne welches es gar keine Sicherheit mehr gibt, über einen Haufen. Ein Unrecht nehmen, das die Weisheit Salomons nicht entschuldigen kann, da alle Weisheit in der Welt nur zur wirklichen nicht aber zur förmlichen Wahrheit führt.“ [2])

---

[2]) Werke von Möser in der Phantasie von dem wichtigen

Digitized by Google

Die Form Rechtens besteht nun in den germanischen Landen nicht darin, daß der Herrscher den Rechtsstreit entscheidet, die germanischen Völker haben hieran die Authorität des förmlichen Rechts nicht geknüpft. Nur die Knechte richtet der Herr. Freie wurden nur durch ihres Gleichen, durch die Schöffen und den Umstand, wenn beide Theile zur selben Volksgemeinde gehörten, sonst durch frei gewählte Schiedsrichter (Austräge) oder durch ein Gottesurtel, worunter auch die Privat-Fehde gehört, gerichtet. Und als die neue Zeit das Recht der Fehde durch den ewigen Landfrieden aufhob, unterwarf man nicht etwa die Reichsbürger dem Urtheile der Fürsten oder des Kaisers, sondern es traten an die Stelle der Fehde die Austräge und das, unabhängig vom Kaiser, besetzte Reichs-Kammergericht, dessen vom Kaiser ernannter Kammer-Richter nicht einmal ein Votum hatte. Ueberall durchdrang die Justiz der schiedsrichterliche Charakter. Die Reichs-Kammergerichts-Ordnung [3]) führt allein 8 verschiedene Wege auf, wie man gegen die Fürsten durch Richter-Wahl aus ihren Räthen Recht erlangen könne. Und selbst das Urtheil dieser Räthe konnte durch Versendung der Acten an eine unpartheiische Juristenfakultät ersetzt werden. Nie duldeten die Reichs-Gerichte einen Einfluß der Fürsten auf die Urtels-Fassung.[4]) Die Gerichte, deren Institution das frühere

---

Unterschied des wirklichen und förmlichen Rechts. Patriot. Phantas. Th. IV. N. 30. S. 115.

[3]) Th. II. Tit. 4.

[4]) Rechtlich war freilich der Einfluß auf Oestreich, was sich,

Digitized by Google

Recht der Fehde ersetzte, waren nothwendig unabhängig und unabsetzbar, selbst auch seitdem die Schöffen der alten Volksgerichte des Rechtes unwissend geworden, und gelehrte Richter an die Stelle getreten waren. In Criminal-Sachen kannte man nur das Urtheil der Schöffen, oder der an deren Stelle getretenen Gerichte. Und die Richter konnten wegen behaupteter Pflichtwidrigkeiten nur von ihres Gleichen, von einem Gerichte entsetzt werden, weil sonst ihre Unabhängigkeit illusorisch gewesen wäre. Alles das sind bekannte Sachen.[5]) Es wehte noch immer der freie Odem des germanischen Lebens durch die Justiz. Die Fürsten hatten nur die Aufsicht über die in ihrem Namen geübte Justiz, die Rechtsprechung selbst war so wenig ihre Sache, als der Patrimonial-Richter, oder der Hofs-Herrn, deren Schöffen das Recht zu finden hatten, oder des Herrn der Mannen oder Ministerialen im Feudal-System, welche nur durch pares gerichtet wurden.[5a]) Dieser Gegensatz

---

durch die Kaiserwürde begünstigt, souverain zu machen gewußt hatte, und in neuerer Zeit faktisch der Einfluß auf Preußen, was systematisch gleiche Souverainität erstrebte, sehr gering, der Grundsatz aberimmer anerkannt.

5) S. die Literatur bei Pütter Literatur des deutschen Staatsrechts III. 483. Klüber öffentliches Recht des deutschen Bundes §. 373. (Aufl. III.) S. auch v. Kamptz und v. Stein in Winkopps Rheinischem Bunde Heft 12. N. 30.

5a) Das verschriene Feudal-System hatte einen inneren Kern von Freiheit, der sich auch in unserer Unabhängigkeit der gelehrten Richter historisch neu geboren und gestaltet hat. Davon wissen freilich die nichts, denen die Geschichte nur ein Exempelbuch für einzelne finstere Zwecke ist, die von ihrem Geiste, von ihren Offenbarungen, nicht berührt werden.

Digitized by Google

des germanischen Elements gegen die orientalischen Formen war in der Wissenschaft so anerkannt, daß der große Montesquieu [6]) schon vor 90 Jahren in die trefflichen Worte ausbrach: „Dans les états despotiques le prince peut juger lui même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution seroit détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants anéantis, on verrait cesser toutes les formalités des jugements; la crainte s'emparerait de tous les esprits; on verrait la pâleur sur tous les visages; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sureté, plus de monarchie. — — — Les jugements rendus par le prince seroient une source intarissable d'injustices et d'abus; les courtisans extorqueraient, par leur importunité, les jugements. — — — Les lois sont les yeux du prince; il voit par elles ce qu'il ne pourroit pas voir sans elles. Veut il faire la fonction des tribunaux? il travaille non pas pour lui, mais pour ses séducteurs contre lui."

Nichts kann gebieten, so heilige, mit der ganzen Geschichte des deutschen Volks verwebte Grundsätze, ohne welche das Volk ein anderes seyn würde, aufzugeben. Sie haben nichts gemein mit der Frage über die Theilung der Gewalten, sie standen schon fest, ehe man an einen Contrat social, an eine Volks-Souverainität dachte, sie sind im Wesentlichen älter als die Landes-

[6]) De l'esprit des Lois. Liv. 6. N. 5.

hoheit. Es wird daher unhistorischen Schriftstellern nicht gelingen, jene Grundsätze politisch anrüchig zu machen; unter ihrem Schatten ist der Baum ächter deutscher Freiheit groß gewachsen, nicht jener Freiheit, wie sie die Volks-Souverainität schaffen will, Morgen den Götzen anbetend, den sie heute gemacht, und Uebermorgen ihn wieder zerstörend! Alle Constitutionen Europa's haben diese Grundsätze. Preußen hat keine geschriebene Constitution, kann eine solche als ein noch werdender Staat noch nicht haben, ohne in der Schnellkraft, die ihm in seiner Entwickelung als Europäische Weltmacht ganz ungemindert bleiben muß, wesentlich beengt zu werden. Aber es hat nichts desto minder die erhaltenden Grundsätze, welche ein Vermächtniß vergangener Geschlechter, ein Kapital der Cultur für die Nation darstellen, und befindet sich wohl dabei. Wir leben im Zeitalter der Garantien, und auch Preußen hat die seinen in einem anerkannten, in das geistige Eigenthum der Nation übergegangenen, Kapital von deutschen Verfassungs-Grundsätzen. Preußen hat ein deutsches Königthum, und kein orientalisches. Es bewährt sich hier, was einst Fr. v. Schlegel[7]) gesagt: „eine wahrhaft lebendige Kraft beruht nicht auf der Vertilgung alles freien Lebens um sich her; vielmehr wird ein Herrscher von starkem Geiste und von großer Seele um so mächtiger seyn, je mehr Leben und freie Kraft auch in allen übrigen Theilen des ganzen Staatskörpers ist.“ Und Preußen erschrickt daher nicht vor der Unabhängigkeit seiner Gerichte, kennt ihre Absetzbarkeit nur durch Urtel

[7]) Vorlesungen über die neuere Geschichte S. 157.

Digitized by Google

und Recht. Diesen und andere Grundsätze hält man denen entgegen, welche Preußen unfrei nennen, weil es keine geschriebene moderne Constitution hat, und man glaubt eben wegen — aber auch nur wegen — dieser Unabhängigkeit der Gerichte auch der Geschwornen-Gerichte entbehren zu können. Und wenn v. Hallers Restauration Manchen auch ein kanonisches Buch ist, so ist man doch darin einverstanden, daß sein Abschnitt von der Cabinets-Justiz,[8]) wo er die Cabinets-Justiz für die natürlichste hält, deren Nicht-Ausübung nur der Bequemlichkeit der Fürsten und dem Einfluß neuerer falscher Doktrinen zuschreibt, ein durchaus unbrauchbares und unhistorisches Machwerk ist.[9]) — Auch ist man davon überzeugt, daß jene Unabsetzbarkeit der Richter nicht ein Privileg ist, was lediglich ihrer Person gegeben ist, um das die Verwaltungsbeamten sie beneiden dürfen, daß sie vielmehr ihnen um des Wohls des Ganzen, um des Grundsatzes einer edlen deutschen Verfassung willen erhalten ist.

Man wendet ein, es könne doch außerordentliche Fälle geben, wo der Regent anders, als nach jenen Grundsätzen gestattet, eingreifen müsse. Allerdings gibt es im Staate ein Nothrecht, selbst den Beherrschten gibt es Hr. v. Haller, indem er ihnen höchst bedenklicher Weise ein Widerstandsrecht zugesteht, in allen Verfassungen ist, ausdrücklich oder stillschweigend, der 14te Artikel der

---

[8]) v. Haller Restauration der Staatswissenschaft, Bd. 2. S. 224 ff. 231. 242 ff.

[9]) Bewiesen von mir in den rechtswissenschaftlichen Abhandlungen 1818 S. 252 ff.

Digitized by Google

früheren französischen Charte als eine Anerkennung der Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen; allein schon Cäsar hat es, bei Gelegenheit der Verschwörung Catilina's, im Senat gegen Cicero, der rasch vom rechtlichen Wege abweichen wollte, ausgeführt, wie gefährlich es sey, ein solches Nothrecht auszuüben, wie leicht es gar zur Regel werden könne. Häufig erscheint der einzelne Fall mit Lebendigkeit angeschaut als ein ganz außerordentlicher, und doch ergibt sich nachher, daß man geirrt. Einen solchen Fall haben wir in unserer Geschichte am Müller-Arnold'schen Rechtsfalle. Vorzüglich auf den Bericht eines Soldaten, des Obersten Heuking, sprach hier der König Friedrich der Große, nachdem Richter und Minister zu ihrem unvergänglichen Ruhme sich weigerten, das förmliche Recht zu brechen, ein Erkenntniß, wodurch er die rechtskräftigen Erkenntnisse der Gerichte aufhob und die Richter kassirte.[10]) Möser[11]) sagt darüber: „Die Geschichte des Müllers Arnold würde in Frankreich alle Parlamenter, und in England alle Partheien, die für und wider den König sind, in Bewegung gesetzt haben. Aber in Deutschland hat man sie als eine frohe Neuigkeit erzählt; keiner hat die Gefahr laut gerügt welche dem Staate bevorsteht, worin die Rechtssachen, im Cabinet untersucht und entschieden werden; und nicht einmal ein Schmeichler hat es gewagt, zu sagen, daß es ein dem Könige zum ersten und einzigenmale ent-

---

[10]) Preuß. Friedrich der Große, Bd. 3. S. 381 ff.

[11]) Vermischte Schriften Bd. 1. S. 187.

Digitized by Google

schlüpfter Donnerkeil sey, der aber, indem er eine große Veränderung in der Justiz-Verwaltung nach sich gezogen, einen Fels gespalten, und eine Goldmine blos gelegt habe.“ Es fand sich denn freilich, als unter des Königs Nachfolger der Prozeß revidirt ward, daß der Machtspruch auch dem wirklichen Rechte nicht gemäß gewesen,[12]) und wie sehr es daher zu beklagen, daß Friedrich der Große von dem Grundsatz der Authorität der förmlichen Wahrheit, auf dem die Staaten ruhen, abgewichen.[13])

Dieser Müller-Arnoldsche Prozeß, über den die wahren Juristen nie verschiedener Meinung gewesen,[14]) ist nun

---

[12]) Preuß Bd. 3. S. 425. 426. 533 ff.

[13]) Welche gefährliche Maximen ein solcher einzelner Fall herbeiführen könne, zeigt z. B. folgende Stelle bei Preuß Bd. 3. S. 377.: „1783 schrieb der Kaufmann O. in A. unmittelbar an den König und beschwerte sich über ein Urtheil des Akzisegerichts. Friedrich, entrüstet über das Urthel, schrieb an von Zedlitz: „„Der Verfasser desselben soll kassirt seyn.““ — Wie wäre das möglich gewesen, wenn nicht schon die Achtung gegen das förmliche Recht aufgehoben gewesen wäre? Freilich berichtet nun Preuß weiter: „Aber der Minister stellte seinem Herrn vor, der Kläger habe die Sache verdrehet, und da Se. Majestät Keinen ungehört verurtheilen werde; so bitte er, unpartheiisch untersuchen zu lassen, ob der Urtheilsabfasser gesündigt. Da schrieb der König an den Rand: „„recht, es mus nicht zu Hart seyndz““ und ließ die Akten dem Großkanzler zur Untersuchung senden.“

[14]) Wir verdanken ihm auch das, weil übertrieben, krankhafte Streben unsrer Prozeßordnung, das wirkliche Recht vormundschaftlich zu suchen, den den bösen Schuldnern

Digitized by Google

die Muse, welche den Prof. Sieze zu der (N. 2.) angezeigten Schrift begeistert. Nur Absonderliches können wir von diesem Schriftsteller erwarten, der vor wenig Jahren in seinem Grundbegriff Preußischer Staats- und Rechtsgeschichte den Preußischen Staat einer Aeolsharfe verglich, aufgehangen im Garten Gottes, um den Weltchoral zu leiten! Der Verf. sucht in dieser Schrift zu beweisen, daß Friedrich der Große den Müller-Arnoldschen Fall ganz richtig — materiell und formell — entschieden, und zur Verurtheilung der Richter wohl befugt und veranlaßt gewesen und kaum wird der Königliche Nachfolger wegen der verfügten Revision (S. 277. 278.) entschuldigt. Er findet (S. IV. der Vorrede), daß grade die Thaten Friedrichs des Großen verketzert worden, in denen der innerste Kern seines Nachlasses erschlossen; die Geschichte jener Verketzerungen soll die Geschichte des Uebergangs seines geistigen Eigenthums auf seinen Erben, sein Volk, umfassen. — Das Werk theilt sich in drei Haupt-Abtheilungen: A. Ueber den Zweck der Ab-

---

sehr zu Statten kommenden fast gänzlichen Mangel an Präjudizien, und einen großen Einfluß des Justiz-Ministeriums als Vertreters des Königs auf die Rechtsprechung. Auf allmählige Aufhebung dieses Einflusses trug der Großkanzler v. Beyme im Berichte vom 8. Juli 1809 an, und der König genehmigte am 15. Juli 1809 den Vorschlag. S. Preuß Bd. 3. S. 532. 533. Durch die Cabinets-Ordre vom 6. Sept. 1815 ist dieser Einfluß noch nicht genügend beschränkt, noch jetzt hängt z. B. es vom Justiz-Minister ab, ob Klage und Execution zugelassen werden soll oder nicht.

Digitized by Google

handlung. (S. 1—9.) Der Verf. spricht hier von der Theilung der Gewalten, spricht sich unverholen für die orientalischen Formen — auch ohne sie zu nennen — aus. Er bittet, ja nicht vor dem bloßen Worte: Cabinets-Justiz oder Machtspruch zu erschrecken; die Gerichtspersonen, welche streben, jeder Aufsicht des Staats als solchen über die Verwaltung der Gerechtigkeit den Weg zu versperren, haben nach seiner Ansicht solche Schreckbilder aufgestellt, und zwar, wie der Verf. in einem äußerst zarten Style (S. 7.) sagt: „solche Leute, welche in einen ausgezeichneten Staatsdiener schon jede Justizperson zu halten scheinen, die nicht eben Löffel einsteckt.“ Er findet schon dann keine Cabinets-Justiz, wenn der Souverain nicht proprio motu, sondern mit Beirath von Beamten, die übrigens nicht die Gerichte sind, Recht spricht; dies ist ihm die auf dem Titelblatte erwähnte wesentliche Differenz zwischen oberstrichterlicher Gewalt des Staats und Cabinets-Justiz. — Hierauf folgt B. Darstellung des Arnoldschen Prozesses S. 10. bis 286.), und zwar Abtheilung I. Einleitung. Abtheilung II. Die Prozesse, wodurch der Müller Arnold die Mühle verlor, zwischen dem Müller und dem Grundherrn. Abtheilung III. Beschwerden des Müllers über dies Verfahren, nebst deren Erfolg. Abtheilung IV. Prozeß zur Restitution des Müllers. Abtheilung V. Kritik des gerichtlichen Verfahrens in dem letzten Prozesse. Abtheilung VI. Die Criminal-Untersuchung. Abtheilung VII. Das Urtheil des Königs. — Selbstredend können wir hier nicht in den so oft besprochenen Prozeß eingehen. Das Hauptver-

Digitized by Google

brechen der Richter findet der Verf. (S. 228.) darin, daß sie nicht vor der Entscheidung über diesen Fall einer zweifelhaften ratio legis bei Hofe angefragt, obschon die Nothwendigkeit einer solchen Frage unseres Bedünkens offenbar weder aus dem — außer in geistlichen Prozessen — nur als Project bekannt gemachten Corpus juris Frid. Marchici, noch aus der Visitations-Verordnung von 1754 (S. 227.) folgte, hier auch kein rechtlicher Zweifel war. Ein Urtheil über die geschichtlichen Kenntnisse des Verfs. erlaubt vielleicht schon der Umstand, daß er daraus, daß die Richter in der Markgrafschaft Brandenburg nicht unter des Königs Banne, sondern bei des Markgrafen Hulden, und dieser selbst bei seinen eigenen Hulden richtete, und daß der Markgraf privilegia de non evocando und de non appellando erhalten, ja selbst aus den judices der Allemannen und Bajuvarier, und aus der L. 12. C. de legibus, die Cabinets-Justiz vel quasi für Brandenburg rechtfertigt. (S. 228 ff.) Endlich C. handelt der Verfasser (S. 287 ff.) Folgen und Resultate für Staat und Wissenschaft ab. Theils bekannte Sachen, theils verkehrte Ansichten. Ein Convolut Beilagen auf 120 Seiten beschließt das Werk, durch welches die Wissenschaft nicht bereichert ist. Der Verfasser wird sich hoffentlich noch einmal abklären, noch aber scheint es mit ihm nicht dahin gekommen zu seyn.

Die oben N. 1. angezeigte Abhandlung eines Ungenannten in den Jahrbüchern enthält zwei Fragmente, und zwar I. über den Sinn des allgemeinen Landrechts Thl. II. Tit. 17. §. 99.: „Wer ein richterliches

Digitized by Google

Amt bekleidet, kann nur bei den vorgesetzten Gerichten oder Landes-Collegiis wegen seiner Amtsführung belangt, in Untersuchung genommen, bestraft oder seines Amtes entsetzt werden." Das Fragment kommt (S. 28.) zu dem überraschenden Resultate: daß der §. 99 cit. nach seinem eigentlichen Sinne den Grundsatz, daß jeder richterliche Beamte nur gerichtlich entsetzt oder entlassen werden könne, überall nicht, sondern nur die Bestimmung enthalte, daß der Unterrichter wegen seiner Amtsführung von der vorgesetzten Aufsichtsbehörde entlassen werden könne, hierzu aber Urtel und Recht nicht erforderlich, sondern nur ein amtliches Verfahren genüge. Das IIte Fragment über Allgem. Landrecht Thl. II. Tit. 10. §. 99 ff. von der Amtsentsetzung und Amtsentlassung der Civilbeamten kommt zu folgenden Resultaten (S. 77.):

I. "Die Entlassung und Entsetzung der richterlichen Staats-Beamten hat seit der ersten Organisation der Preußischen Justiz-Verfassung nicht zur gerichtlichen Competenz gehört, sondern ist Attribution der Oberaufsicht.

II. "Das Allgemeine Landrecht und die allgemeine Gerichts-Ordnung hat diese Verfassung bestätigt.

III. "Die Entlassung der in die Kategorie der Staatsdiener gehörigen richterlichen Beamten erfolgt auf dem, im A. L. R. Thl. II. Tit. 10. §. 99 ff. vorgeschriebenen, Administrativen Wege durch landesherrliche Entscheidung oder durch Beschluß des Staatsraths.

Digitized by Google

IV. „In Ansehung der mittelbaren Justiz-Beamten erfolgt sie durch das vorgesetzte Ober-Gericht.

V. „Der §. 99. Tit. 17. Thl. II. des Allg. Landrechts hat überall nicht Königliche Civil-Justiz-Bediente, sondern mittelbare Gerichts-Verwalter zum Gegenstande.

VI. „Der §. 103. des A. L. R. Thl. II. Tit. 10. hat keineswegs die Absicht, die Königlichen Richter von dem im §. 99. eben dieses Titels vorgeschriebenen administrativen Verfahren, sondern nur vor dem letztern die unter IV. gedachten Justiz-Beamten auszuschließen."

Diese mit vieler Erudition geschriebene und sich vorzüglich auf ältere Einrichtungen und nicht bekannte Materialien und nicht promulgirte Verfügungen gründende Abhandlung führt zu höchst niederschlagenden Ergebnissen. Eine Täuschung die uns glücklich machte, hat einer bitteren Wahrheit Platz gemacht, man dürfte dem Verfasser mit Tiedge in der Urania zurufen:

„Nimm, was du mir gabst; nur meinen Glauben,
„Meine Hoffnung nur gieb mir zurück."

Inzwischen dürfte die bisherige Meinung des juristischen Publikums doch noch nicht völlig erschüttert seyn. Hier, wo es sich von politischen Rechten handelt, kann es nur auf den klaren promulgirten Buchstaben, nicht auf das, was aus Ministerial-Akten ꝛc. hervorgesucht wird, ankommen. Ein Königswort soll man nicht drehn noch deuteln. Der §. 99. A. L. R. II. 17. sagt mit keinem Worte, daß er blos von Patrimonial-Richtern

Digitized by Google

handele, der 17te Titel handelt bald von diesen, bald von unmittelbaren Richtern. Nur unter dieser Voraussetzung konnte die Verweisung des §. 103. des Tit. 10. Th. II., welcher blos von den Dienern des Staats handelt, auf jenen §. 99. II. 17. Sinn haben, und der hier (§. 103.) gebrauchte allgemeine Ausdruck: Justizbedienten, läßt nicht zweifeln, daß die Richter von den Bestimmungen des §. 99. II. 10. ausgenommen werden sollten. Daß nun aber ein Obergericht eine Criminalstrafe nur durch Erkenntniß verhängen, dies also auch nur im §. 99. II. 17. gemeint seyn konnte, läßt sich nach unserer Criminal-Gesetzgebung nicht wohl bezweifeln. — Anders haben des Königs Majestät sicher auch nicht die Sache angesehen, als Allerhöchstdieselben in der Verordnung vom 21. Febr. 1823, betreffend das Verfahren bei, auf administrativem Wege erfolgenden Dienst-Entlassungen der Civilbeamten, die „richterlichen Beamten, rücksichtlich deren es bei den Vorschriften des allg. Landrechts sein Bewenden behält," ausnahmen; dies wäre wenigstens höchst sonderbar gewesen, wenn das allg. Landrecht rücksichtlich der Entsetzung der richterlichen Staatsdiener — von welchen Staatsdienern allein in jener Verordnung vom 21. Febr. 1823 gehandelt wird — nichts Besonderes enthielte.

Wir werden also eine altdeutsche Garantie nicht aufzugeben brauchen, in deren Besitze wir uns bisher gewähnt. Und was gewönne die Regierung durch das Gegentheil? Doch weiter nichts, als die Pension, welche einem solchen richterlichen Beamten, dessen Entlassung man auf dem Rechtswege nicht durchsetzen zu können

Digitized by Google

glaubt, gegeben werden müßte. Wie höchst selten wird ein solcher Fall eintreten! Und was gewinnt man durch Festhaltung der richtigen Grundsätze? Unendlich viel. Vertrauen des Volks, besonders in Prozessen des Fiskus und in Untersuchungs-Sachen wegen Staats-Verbrechen, ein Vertrauen, was der absetzbare Richter nie gewinnen wird; eine edle feste Magistratur, ein Bild der Festigkeit und Stätigkeit einer historisch begründeten Regierung; [15]) Argumente gegen die, welche uns wegen Mangels einer Garantie beklagen, die freilich eine der wesentlichsten in einem civilisirten deutschen Regimente ist, die wir aber schon längst besitzen. Auch wird es dann wohl nicht nöthig seyn, die Bestandtheile der Monarchie, in denen bisher die Unabsetzbarkeit der Richter staatsrechtlich feststand, von den älteren zu unterscheiden, und so diese in einen gewissen Schatten zu stellen. In der That, die Entscheidung kann nicht zweifelhaft seyn für die, welche es mit dem Throne redlich meinen.

---

[15]) Selbst in der Julirevolution 1830 rettete Dupin l'aîné die Unabsetzbarkeit der Richter gegen die, eine Epuration der Gerichte verlangende, Revolutionspartei.

Digitized by Google

XXVI.

Materialien des Allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung; herausgegeben mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister von Dr. August Heinrich Simon, Geheimen Ober-Justiz- und Revisions-Rathe, und Heinr. Leopold v. Strampff, Kammergerichts-Rathe. Berlin, in der Nicolaischen Buchhdlg. 1836. gr. 8. (XVIII. u. 704. S.) Preis 3 Thlr. 20 Sgr.

(Auch als dritter Band der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts.)

Recension

von

Sommer.

Noch nie haben wir ein Werk über Preußisches Recht mit solcher Befriedigung angezeigt, als das vorliegende, dem Erben des Thrones würdig gewidmete. Es ist ein Fortschritt, es ist der Anfang einer neuen Laufbahn, es ist — ein Ereigniß.

Welch' sorgsame Vorarbeiten der Redaction des allgemeinen Landrechts vorausgegangen — selbst eine Appellation an die Einsichten des Publikums, die man

Digitized by Google

50 Jahre später vergebens erwartet hat — war im Allgemeinen nicht unbekannt. Allein diese Materialien waren ungeordnet, und es war, wie der seelige Kircheisen in dem Erlaß vom 1. Novbr. 1811 (Mathis J. M. Schrift XI. 191. 192.) sagte, „der Mühe werth, solche Arbeiten an ein näheres Licht zu bringen, und sie der Vergessenheit zu entziehen." Der Justiz-Commissar Simon (jetzt Geh. Ober-Justiz- und Revisions-Rath) erhielt daher den Auftrag, die Materialien szientivisch zu redigiren. Der Bericht vom 12. Sept. 1811 (Mathis XI. 192—286.) gab Rechenschaft von dem, was geschehen. Der Ministerial-Erlaß vom 1. Novbr. 1811 erkennt an, daß „der beharrliche Fleiß, die Sachkenntniß und der Scharfsinn, mit welchem dies Geschäft von dem ꝛc. Simon vollendet ist, den künftigen praktischen Nutzen dieser Materialien ungezweifelt mache, zu welchem vorzüglich zu zählen, daß die Vorbescheidung der Gerichtshöfe über zweifelhafte Auslegung der Gesetze, nicht nach der Opinion desjenigen, an den die Anfrage gerichtet wird, sondern mit Benutzung der Materialien, der Diskussionen bei der Ausarbeitung und nach dem, nicht selten deutlich ausgedrückten Konklusum über das zur Sanktion gebrachte Gesetz, nun, mehro nach der wahren Natur einer authentischen Erklärung, erfolgen kann und wird." Dies war also der erste Vortheil der Redaction, und die Ministerial-Rescripte gründen sich seitdem häufig „auf die eingesehenen Materialien." — Der zweite Vortheil ergab sich bei der Revision der Gesetzgebung; diese war

Digitized by Google

nicht denkbar ohne Durchdringung der Quellen des bisherigen Rechts, die Pensa der Revisoren bewähren dies. Wenn das Publikum überhaupt beklagte, daß diese pensa nur als Dienstgeheimniß an die Ober-Gerichte kamen, daß ihre öffentliche Benutzung nur einzelnen Glücklichen gestattet ward, die dann ihre Werke auch — wie die orientalischen Dichter ihre Gesänge mit dem Lobe der Gottheit — mit einem sehr natürlichen Danke an die Minister ob solcher Liberalität begannen, so galt diese Klage vorzüglich dem aus den pensis hervorgehenden betreffenden Inhalt der Materialien. Aber endlich kommt die dritte Periode der Materialien, man hat sich überzeugt, daß die Quellen der Declaration der Wissenschaft angehören, und nicht blos einzelnen Eingeweihten, daß, da einmal (Anhang §. 2.) den Preußischen Juristen die Doktrinal-Interpretation wieder vindizirt, sie auch ganz dieselben Quellen, wie sonst der Minister bei der authentischen, haben müssen, die Materialien werden, verständig redigirt, veröffentlicht. Was von Savigny vor 22 Jahren (vom Beruf unserer Zeit u. s. w. S. 94. 95.) wünschte, geschieht, und es wird sich gewiß bestätigen, was von Savigny gesagt: "Zu befürchten ist dabei gewiß nichts, denn was mit solchem Ernst gethan worden ist, kann sehr ruhig jedem Urtheil entgegen stehen. Daß auf diesem Wege, selbst von dem zugegebenen Gesichtspunkte des Ganzen aus, manches einzelne als unhaltbar erkannt werden könnte, ist wahr, aber dieses würde offenbar ein sehr glücklicher Erfolg seyn, denn jeder Gesetzgebung ist ein solches Mittel zu wünschen, wodurch sie von innen heraus gereinigt werden kann."

Digitized by Google

Die Verfasser haben mit den Lehren von Besitz und Verjährung begonnen. Ein Vorwort gibt Rechenschaft über die Art der Redaktion. Wir können sie nur als durchaus zweckmäßig ansehen, und wir behaupten kühn, daß, wenn die übrigen Lehren in gleichem Sinne bearbeitet werden, keine Gesetzgebung dem Juristen solche Erklärungsquellen bietet, auch die französische nicht, da über die Entstehung des projet du code civil keine Quellen vorhanden. Bei jeder Lehre sind drei Haupt-Abtheilungen unterschieden: I. Materialien, welche dem gedruckten Entwurfe vorangehen, und zwar Abschnitt 1.) Kleins Materialien nebst Kircheisens Bemerkungen; Abschnitt 2.) Kircheisens Entwurf nebst Suarez Bemerkungen; Abschnitt 3.) erster Entwurf nebst 1. den monitis der 5 Mitglieder der Gesetz-Commission und des Regierungs-Präsidenten v. Tevenar, 2. der Revision dieser monita von Suarez, 3. dessen monitis und 4. den conclusis des Großkanzlers. II. Gedruckter Entwurf und Materialien des umgearbeiteten Entwurfs. III. Umgearbeiteter Entwurf und Materialien des allgemeinen Gesetzbuchs und der Revision desselben. — Was die Anordnung betrifft, so ist jeder Entwurf mit dem sich darauf Beziehenden selbstständig mitgetheilt, und nicht etwa, wie Mancher sich denken möchte, zur Erleichterung des praktischen Gebrauchs die Ordnung des allgemeinen Landrechts zur Basis genommen und zu jedem Abschnitt oder zu mehreren einen Grundsatz entwickelnden Paragraphen oder auch zu einzelnen §§. die sich darauf beziehenden Stellen aus den Materialien aufgesucht und in chronologischer Folge angereiht worden. Die Herausgeber bemerken sehr richtig

Digitized by Google

(S. XIII. Vorw.), daß dann die Entwürfe zerrissen, Irrungen und Mißverständnissen der Eingang geöffnet worden seyn, und sie unwillkührlich mehr oder weniger ihre Ansicht über das Ergebniß der Materialien gegeben haben würden, nicht aber diese selbst ganz rein und unverwischt. Um aber bei dem unläugbaren Bedürfniß der ersten Methode für die Praxis allen Zwecken zu genügen, hat Herr v. Strampff jeder der beiden Lehren im Anhange ein Verzeichniß hinzugefügt, welches bei jedem §. oder mehreren zusammenhängenden §§. auf die sie erläuternden Stellen der Materialien zurückweist.

So ist also ein unendlich reiches Zeughaus für die Wissenschaft und die Praxis angelegt; alte Controversen werden vergehen, neue entstehen, überall wird man jetzt in der Seele des Gesetzgebers lesen. Mit wahrer Selbstverläugnung haben die Herausgeber sich enthalten, einen aus den Materialien geschöpften vollständigen Commentar zu den Lehren vom Besitz und von der Verjährung folgen zu lassen. Es ist dies, wie sie ganz mit Recht bemerken, eine Arbeit, die sich mit einiger Vollständigkeit erst dann liefern läßt, wenn die Materialien noch längere Zeit, wie schon bisher, ein Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen und Untersuchungen unserer vaterländischen Juristen gewesen seyn werden, und zwar, setzen wir hinzu, aller Befähigten, nicht blos der einzelnen Glücklichen, welche — wir kommen noch einmal darauf zurück — die pensa lesen und öffentlich darüber reden durften. — Sehr dankenswerth ist es aber, daß nichts desto minder die Herausgeber schon einige Beiträge zu einem solchen künftigen Commentar gegeben, in der Form von Studien

Digitized by Google

mehrere dunkle und zweifelhafte Stellen des Landrechts mit Hülfe der Materialien erläutert haben. Für den Besitz umfassen diese Studien (S. 603—634.) 44 Nummern, und für die Verjährung (S. 657—685.) 53 Nummern.

Natürlich ist noch weniger hier der Raum, die wissenschaftliche Ausbeute der Materialien darzulegen. Blos Beispielsweise machen wir auf Einiges aufmerksam. Die Frage, wie der Besitz von Seiten einer Gemeinde erworben werden könne, bleibt auch noch jetzt kontrovers; es war vorgeschlagen (S. 263. Abth. 2. zu §. 71. des gedr. Entw. Nr. 2.), nach der Meinung des Voet. lib. 41. tit. 2. §. 6. festzusetzen: daß ein jedes einzelnes Mitglied den Besitz eines Rechts der ganzen Gemeinde erwerbe, wenn es als Mitglied gegen einen Andern etwas unternommen, oder von ihm gefordert, oder ihm zu thun untersagt habe. Gosler hielt dieses Monitum — wie die Herausgeber S. 609. bemerken, mit Unrecht — durch §. 17. (jetzt §. 26. A. L. R. I. 7.) beseitigt, und für sehr gefährlich, wenn man nicht voraussetze, daß ein Mitglied ausdrücklich im Namen der Gemeinde den Besitz ergreife oder ein Recht ausübe; das Monitum ward nicht weiter beachtet, und ist nun als Controverse in der praxis geblieben. (s. Simon u. v. Strampff's Rechtssprüche Bd. 4. S. 288. Jur. Zeitg. von 1836 S. 466 ff.) Zu §§. 59. 66—68. 70. 71. A. L. R. I. 7. thut sich eine neue Controverse auf darüber, ob diese Erklärung der Besitz-Einräumung ohne wirkliche Besitz-Ergreifung, das Constitutum possessorium, bei Objecten über 50 Thlr. schriftlich oder in den geeigneten

Digitized by Google

Fällen notariell oder gerichtlich abgegeben werden müssen. Suarez hat dies ursprünglich verlangt, seine Ansicht ist aber nicht genehmigt worden, nichts desto weniger ist aber, wahrscheinlich aus Versehen, der in Voraussetzung der ersten Ansicht von Suarez in den §§. 70. und 71. enthaltene Zusatz „auf eine rechtsbeständige Weise," und „rechtsgültig" nachher stehen geblieben. Die Herausgeber (S. 610.) halten daher beim constitutum possessorium und bei der traditio brevi manu eine schriftliche Erklärung und in den geeigneten Fällen die notarielle oder gerichtliche Form erforderlich. Das Factum und das Rechtliche spielen hier freilich wunderlich durch einander. — Ob die Vorschriften der §§. 103. 105. I. 7. in Verbindung mit §. 5. 21. I. 9. auch auf negative und Untersuchungsrechte Anwendung finden, wird von den Herausgebern S. 618—620. erörtert und verneint; die Frage ist von der äußersten Wichtigkeit. — S. 674. leiten die Herausgeber aus den Materialien die wichtige Behauptung ab: Die Vorschrift des §. 607. I. 9. gilt mit der im §. 605. gegebenen Beschränkung, d. h. die Verjährung durch Besitz ist, der dem Besitzer gehörig bekannt gemachten Klage oder Protestation unerachtet, nicht für unterbrochen zu achten, wenn der Kläger die Klage zurückgenommen, oder den Betrieb der Sache hat liegen lassen, dergestalt, daß der Richter mit Reposition der Acten zu verfahren berechtigt gewesen; der letztere Fall tritt dann ein, wenn der Kläger im ersten Instruktions-Termin ausbleibt. — Zu §. 609. bleibt es auch jetzt noch (S. 676.) streitig, ob, wenn der Kläger durch ein Urtheil mit der Besitzklage abge-

Digitized by Google

wiesen worden, die Verjährung durch die Insinuation der Klage unterbrochen sey, dergestalt, daß im künftigen Petitorien-Prozesse nur eine bis zur Insinuation der Besitzklage schon abgelaufenen Verjährung zu berücksichtigen, oder ob eine verlorne Besitzklage für nicht angebracht zu achten.

Wir können zum Schlusse nur noch den Wunsch ausdrücken, daß die Materialien der übrigen Lehren möglichst rasch auf einander folgen, und daher den um die Enucleation unsers Rechts so hoch verdienten Herrn Herausgebern die etwa noch nöthige Muße zu diesem Werke verschafft werde. Vierzig Jahre haben wir, auf den dürren, so häufig ungnügenden Buchstaben des Landrechts beschränkt darben müssen, es ist eine philisterhafte Gnügsamkeit unter den Preußischen Juristen eingerissen, welche sich, sobald die Quellen der Gesetzgebung zugänglich werden, bis auf wenige species verlieren wird. Es kann daher nicht genug geeilt werden, uns die Materialien vollständig mitzutheilen, Theorie und Praxis werden sie dann schon durchdringen, und der Gewinn für die Wissenschaft und ihre Anwendung ein unberechenbarer seyn. Selbst wenn wider Erwarten die Revision der Gesetzgebung in einem Decennium beendigt seyn sollte, behalten immer die Materialien ihren Werth, es kommen dann nur noch neue hinzu, und es schließt sich immer eins an das andere — traurig freilich für die Bequemen und für die Freunde einer Populär-Jurisprudenz! —

Digitized by Google

XXVII.

Zur Geschichte des Fünftel-Abzuges, und des Erbrechts der Colonen im Herzogthum Westphalen.

Mit 3 Beilagen.

Von

Sommer.

Der Abzug des Fünftels von den Grundlasten wegen der Steuern ist ein in Preußen selten richtig beurtheiltes Institut. So ergibt es sich zum Beispiel aus den das Gesetz vom 25. Sept. 1820 vorbereitenden Vorträgen, daß man, als damals der Fünftel-Abzug in den ehemals Französisch-hanseatischen und Bergischen Landestheilen in der Regel aufgehoben ward, blos vom privatrechtlichen Gesichtspunkte ausging, nicht aber von einer geschichtlichen publicistischen Anschauung der Steuer-Verfassung und insbesondere des französischen Katasters. Man sagte ganz einfach: der Colon muß nach seinen Pachtbriefen oder Landesherkommen die Grundsteuer tragen, und nur er kann unter dem Zufall, daß diese Steuern erhöht sind, leiden. Man beschränkte daher den Fünftel-Abzug im Wesentlichen auf früher steuerfreie Besitzungen, und selbst hier waren die ehemals Königlich Westphälischen Provinzen

Digitized by Google

so unglücklich, bei der Redaction des I. Gesetzes vom 21. April 1825 selbst diesen Abzug meist zu verlieren, wie im 1sten Jahrgang S. 337. ausgeführt. — Hätte damals schon ein wahrhaft historischer Sinn vorgewaltet, so würde man auf folgende Sätze gekommen seyn:

1) Bei der Anlegung der älteren Kataster wurde nur der nach Abzug der gutsherrlichen Lasten übrig bleibende Rein-Ertrag des Guts zur Besteuerung herangezogen, und nur diese Steuern lagen dem Colon ob.

2) Bei dem französischen Kataster ist zugleich das gutsherrliche Ober-Eigenthum zur Besteuerung herangezogen, und diese Steuer vom Colon vorgelegt, indem der ganze Rein-Ertrag jetzt von ihm versteuert werden muß.

3) Da der Colon nie übernommen haben kann, den Gutsherrn gegen eine solche unvorhergesehene künftige Besteuerung seines Ober-Eigenthums zu vertreten, so muß der Gutsherr diesen Zufall selbst tragen, muß dem Colon jetzt die Vorlage ersetzen, und dies ist eben das französische, mit so wohlfeiler Begeisterung so sehr verschrieene, Fünftel, oder aber

4) es muß von der Steuer des Bauern jene Vorlage für das gutsherrliche Ober-Eigenthum abgesetzt, die Steuer vom Gutsherrn direkt wieder eingezogen, oder aber, wenn die Zeit für Herstellung älterer Exemtionen geeignet scheint, vom Staat erlassen werden.

Merkwürdig genug hat die Gesetzgebung nur für das Herzogthum Westphalen diese Sätze anerkannt. Durch

Digitized by Google

die Großherzoglich Hessische Gesetzgebung vom 1. October 1806 [1]) wurden alle seither bestandenen Steuerfreiheiten ohne Ausnahme für immer aufgehoben und verordnet, „daß sowohl von den Uns selbst angehörigen, unter eigener Verwaltung stehenden oder verpachteten — als auch von allen andern bis jetzt schatzungsfrei gewesenen Gütern, Zehenden, Gefällen und anderen Besitzungen, sie mögen Eigenthum oder Besoldungsstücke seyn, die gewöhnliche Steuern und andere nach dem Steuerfuß regulirt werdende Abgaben, gleich allen übrigen contribuablen Gütern und Besitzungen, ohnweigerlich entrichtet werden sollen.“ — Der Realberechtigte sollte also dem Staate unmittelbar Steuer von seinen Gefällen zahlen. Hiernach wurde das neue Kataster eingerichtet. Inzwischen bemerkt die Verordnung vom 22. Februar 1811 [2]):

„Die vormals gutsherrlichen Gefälle, die Zehnten, und überhaupt alle, auf dem Grundvermögen haftende Lasten sind im Herzogthum Westphalen so mannigfaltig, daß die specielle Berechnung und Katastrirung derselben einen sehr großen Kosten- und Zeitaufwand veranlassen würde. Das neue provisorische Steuerkataster ist für das Herzogthum Westphalen eines der dringendsten Bedürfnisse. Um dessen Vollendung nicht lange auf-

---

[1]) Bei Sommer Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bauerngüter im Herzogthum Westphalen S. 282, auch bei Scotti Sammlung Churcölnischer ꝛc. Provinzialgesetze Abth. II. Th. 1. S. 215.

[2]) Bei Sommer S. 307 — 309. Scotti Abtheil. II. Th. 1. S. 552 — 554.

Digitized by Google

zuhalten, und ihm eine zweckmäßige leicht zu übersehende Einrichtung geben zu können, und um zugleich alle Veranlassung zu verderblichen Streitigkeiten zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten über den wechselseitigen Steuerbeitrag zu heben, finden Wir uns bewogen, für das Herzogthum Westphalen Folgendes zu verordnen:

§. 1. „Der Grundeigenthümer hat alle Steuern und öffentliche Abgaben, welche nach dem Fuße der Grundsteuern auf das Grundvermögen gelegt werden, allein zu tragen. Dagegen soll

§. 2. „der Grundeigenthümer, dessen Grundeigenthum mit einer Abgabe an vormalige Gutsherrn, oder überhaupt mit einer Grundlast beschwert ist, die Befugniß haben, dem Berechtigten jährlich den fünften Theil dessen, was er ihm von seinem belasteten Grundvermögen für das Jahr zu leisten hat, in Abzug zu bringen."

Da hiedurch die Berechtigten auch vom Beitrag zu den Gemeindelasten vom Steuer-Kapital ihrer Gefälle frei wurden, so schien in Feststellung des Fünftels keine Beschwerde zu liegen.

Der zufällige Umstand nun, daß die Reflexion, welche der Gesetzgeber beim französischen Kataster auf einmal anstellte — daß nämlich der Gutsherr sein Realrecht und der Bauer vor wie nach nur seinen Rein-Ertrag nach Abzug der gutsherrlichen Lasten zu versteuern, und daher ersterer dem letzteren, indem er vom ganzen Rein-Ertrage des Bodens die Steuer zahle, seine Vorlage ersetzen solle, — beim Herzoglich Westphälischen Kataster räumlich in zwei

Digitized by Google

Perioden fiel, daß man hier wirklich erst versucht hatte, die gesetzlich ausgesprochene unmittelbare Besteuerung der Gefälle auszuführen, und erst, als diese Ausführung zu schwierig ward, zur indirekten Besteuerung kam — dieser Umstand rettete dem Bauernstande des Herzogthums Westphalen am 25. September 1820 das Fünftel. Man erkannte hier, daß der Fünftel-Abzug nicht zum Privat-Rechte, sondern zur Steuer-Gesetzgebung gehöre. Der Gesetzgeber verordnete daher im §. 7. des an diesem Tage für das Herzogthum Westphalen erlassenen Gesetzes:

„Ueber den in der Verordnung vom 27. Febr. 1811 vorgeschriebenen Abzug eines Fünftels, wegen der Grundsteuer, bleibt eine anderweitige Bestimmung zu näherer Feststellung des Steuerwesens im Herzogthum Westphalen vorbehalten.“

Diese nähere Feststellung des Steuerwesens ist nun durch Vollendung des Katasters der Rheinisch-Westphälischen Provinzen erfolgt. Es ist auch jetzt der ganze Rein-Ertrag des Bodens dem Besitzer zur Steuer angesetzt, es ist weder dem Realberechtigten eine besondere Steuer von seinen Gefällen aufgelegt, noch ist ihm eine solche, selbstredend mit verhältnißmäßiger Verminderung der Rein-Ertrags-Steuer des Verpflichteten, vom Staate kraft neuer Exemtion erlassen. Es läßt sich daher nicht einsehen, wie hier eine anderweitige Bestimmung noch denkbar seyn könne. Diese würde nur in Einführung der unmittelbaren Besteuerung der Gefälle bestehen können, was zu höchst kostspieligen und schwierigen, dem Berechtigten grade unangenehmsten, Auseinandersetzungen und Peräquationen der Lasten, sowohl dem Geldwerthe als

Digitized by Google

dem Verhältniß der einzelnen Parzelen eines belasteten Gutes nach, führen würde. Es würde schon der Steuer wegen ein allgemeines Ablösungs-Verfahren eintreten müssen, und der Gutsherr immer den Nachtheil haben, da die Steuern und die nach dem Steuerfuß ausgeschriebenen Communallasten $^1/_5$ des wirklichen Rein-Ertrags übersteigen.

Bei dieser Lage des Fünftel-Abzugs im Herzogthum Westphalen ist es nun aber doppelt genugthuend, neue Urkunden für die Richtigkeit der Voraussetzungen, worauf derselbe sich gründet, mittheilen zu können. Dies geschieht nun in Folgendem.

Aus dem in der Beilage 1. enthaltenen Berichte der Westphälischen Landstände von Ritterschaft und Städten ergibt sich nämlich das ausdrückliche Anerkenntniß der Thatsache, daß beim Kataster die gutsherrlichen und sonstige Lasten commensurirt und angeschlagen, nicht also der ganze Rein-Ertrag des Guts zur Steuer herangezogen worden, wie es nach dem französischen Kataster geschieht. In der Beilage 2. ist die Resolution des Kurfürsten Clemens August vom 8. October 1724 enthalten, woraus sich ebenfalls die Beziehung der gutsherrlichen Lasten auf das Kataster nach dem Berichte der Stände ergibt. Die Gesetzgebung des Herzogthums Westphalen ist also stätig und geschichtlich fortgeschritten, indem sie, nachdem höhere Ereignisse die Gefälle-Steuerfreiheit des Gutsherrn aufhoben, diese neue Steuer nicht, wie in den benachbarten Provinzen geschehen, den Bauern auflegte.

Diese Urkunden — im Provinzial-Archive zu Münster urschriftlich vorhanden, sind auch noch in einer anderen

Digitized by Google

Beziehung wichtig. Es wurde im vorigen Jahrhundert häufig das Erbrecht der Westphälischen Colonen, und somit die Unveränderlichkeit ihrer Abgaben bezweifelt. Letztere wurde durch die Verordnung vom 3. Mai 1782 [8]) auf Antrag der Stände ausgesprochen, und die Praxis über das Erbrecht ward nun sehr bald eine uniforme. Mehrere haben nun geglaubt, daß das Erbrecht, sowie die Unveränderlichkeit der Abgaben erst jetzt den Bauern geworden. Aus dem Bericht der Stände von 1724 ergibt sich aber, daß dieselben schon damals als eine gemeine, auch in contradictorio befolgte Gewohnheit behaupteten: „daß die Westphälischen Colonen nach Umlauf der Gewinnjahre, und so lang sie die gewöhnlichen praestanda prästiren, durch die Erbherrn von den Gütern nicht vertrieben werden, weder ihnen die gewöhnliche Pacht versteigert werden könne.“ — Diese Landesgewohnheit bestätigt sich auch durch die in der Beilage 3. enthaltene, von mir urschriftlich besessene, Urkunde vom 4. Aug. 1659. Es wird dort ein, von der Eigenbehörigkeit befreiter Hof zu Anröchte „uff zwolff Jahr nach Landesrecht damit vereloeirt — dergestalt, daß er Conductor und seine Erben uns und unseren Erbfolgeren jährlich und alle Jahr — — — — — — bezahlen, auch nach Ablauff zwolff Jahren de novo wieder winnen sollen und wollen.“ — Das Erbrecht ist hier als Landesrecht unbestritten, und das Gewinnen nach Umlauf der Gewinnzeit nicht eine neue willkührliche Verleihung des Guts, sondern eine Pflicht

[8]) Bei Sommer S. 280.; bei Scotti Abth. I. Thl. 1. S.

Digitized by Google

des übrigens zu Erbrecht sitzenden Colons. — Nichts desto weniger hatten aber doch im 18ten Jahrhundert die lateinischen Juristen, die Gewinnbriefe als gewöhnliche Zeitpacht-Contracte nehmend, das Erbrecht beinahe erschüttert, und ohne die Verordnung vom 3. Mai 1782 würde es ganz untergegangen seyn.

Beilage 1.

Bericht über die Observanz des Herzogthums Westphalen, daß die Coloni nicht vertrieben, noch die Pacht versteigert werden könne.

Es ist die gemeine Observanz in dem Herzogthum Westphalen hergebracht, auch durch verschiedene Judicata in contradictorio befolgt, daß die Westphälischen Coloni nach Umlauf der Gewinn-Jahre und so lange sie die gewöhnlichen praestanda praestiren, durch die Erbherrn von den Gütern nicht vertrieben werden, weder ihnen die gewöhnliche Pacht versteigert werden könne, und zwar darum, weil den Unterthanen die auf dem Hofe stehenden Gebäude proprietarie zugehören, ohne Zuthun der Erbherrn aus eigenen Mitteln in Dach und Gefach unterhalten werden, welche Gebäude dann nicht in 6 oder 12 Jahren, sondern für der Colonen Kinder und Kindeskinder erbaut, und daher sehr hart wäre, daß ein Colonus, wenn er das Pachtgut mit Pflanzung fruchtbarer Bäume und sonst cultivirt hat, in seinem Alter anstatt Belohnung der Mühe und Arbeit davon sollte vertrieben werden kön-

Digitized by Google

nen, wie denn Coloni durch Versteigerung der Pächte auch unfähig würden, die landesherrlichen Schatzungen und andere onera publica zu tragen, dabei auch verderbliche Prozesse und immerwährende gerichtliche aestimationes der Gebäude und meliorationen bei Einsetzung des neuen Coloni zwischen den Unterthanen entstehen, und der völlige Landes-Ruin erfolgen, nicht weniger die Schatz-Catastra in Confusion gerathen würden, indem die Schatzung auf jedes Gut nach Ertrag übriger darin haftenden Lasten commensuriret und angeschlagen worden, folglich, wenn die gutsherrlichen Pächte nach Willen der Erbherrn versteigert werden wollten, die bei der Schatzrevision attendirte proportion cessirte, und die Schatzung entweder gemindert, oder die Unterthanen durch unmäßige Last in den Grund verdorben werden müßten, dannenhero wider solches Unternehmen der Erbherrn die Landes-Observanz von undenklichen Jahren eingeführet, und in ratione politica, jure naturali et acquitate begründet ist. Es müssen aber treugehorsamste Landstände ganz befremdet vernehmen, daß Euer Kurfürstliche Durchlaucht Bönnischer Hofrath in Sachen eines westphälischen Unterthan Caspar Diedrich Schulte zu Bering, im Amte Werl, wider seine Erbherrn das Capitulum ad s. Cunibertum zu Cöln sothane von ihm in actis allegirte per attestata westphälischen Landständen und sonsten vollständig erwiesene Landes-Observanz Euer Kurfürstl. Durchl. dieserhalb erlassenen, und hiebei anliegendem Befehl zuwider in judicando nicht attendiret und contra legem seu consuetudinem hanc provincialem nulliter geurtheilt

Digitized by Google

habe, daß ermelter Colonus wegen angemutheter- und widersprochenen Versteigerung seiner gewöhnlichen Pacht das unterhabende Gut deoccupiren solle; Wie nun hochlöblicher Landschaft zu höchstem Nachtheil und völligem Ruin der Unterthanen gereichet, wenn solche Observanz durchlöchert werden sollte, besonders da in der Landes-Vereinigung §. 7. enthalten ist, daß ein zeitlicher Landesherr Dero westphälischen Unterthanen bei ihren guten Gewohnheiten, hergebrachten Rechten und Freiheiten belassen solle, und wolle. So bitten treu-gehorsamste Landstände von Ritterschaft und Städten unterthänigst:

Eure Kurfürstl. Durchl. geruhen den Befehl ergehen zu lassen, daß es bei obangezogener uralter Observanz, und hergebrachten guten Gewohnheit der Landes-Vereinigung gemäß sein beständiges Verbleiben haben, und des widrigen judicati ohngehindert der Schulte zu Bering so wenig, als übrige im Herzogthum wohnende Coloni über den gewöhnlichen canonem und übrige praestationes von den Gutsherren nicht beschweret werden sollen.

Beilage 2.

Von Gottes Gnaden Clemens August ꝛc.

Aus dem Anschluß und Beilagen habt ihr des mehreren zu ersehen, was löbl. Landstände unseres Herzogthums Westphalen für dasigen Unterthan Casp. Died. Schulte zu Bering an Uns gelangen lassen, demnach nun Wir selbst sowohl, als unsere geistliche und weltliche Landsassen beschriebenen Herzogthums die Kolonen auf den contribuablen

Digitized by Google

Bauerngütern mit Versteigerung der Pachten wider angezogene allgemeine Landesobservanz nicht beschweren, so können und wollen Wir auch zu Verhütung übeler Nachfolgen nicht gestatten, daß solches von anderen geschehe, befehlen auch hiermit gnädigst und ernstlich, dahin zu sehen, daß sothane Gewohnheit in judicando attendiret, und zu unserm und der Landschaft Nachtheil, auch der Unterthanen Verderben nicht durchlöchert, mithin der Schulte zu Bering, bei supplicirter Bewandtniß dagegen nicht beschwert, noch der mit Bewilligung unserer Vorfahren am Erzstift in unserem Herzogthum Westphalen so mühsam errichtete Cataster in Confusion gebracht werden möge.

Wir versehen Uns es zu geschehen und sind ꝛc.

Von Ihrer Kurfürstl. Durchl. an Dero Hofrath zu Bonn unterm 8. October 1724 also abgegangen.

Beilage 3.

Wir Anna Elisabeth vnd Mechtildt, Geschwestere vnd gebohrne v. Wolmaringhausen, Erbtochter zu Oberalmen, Thun hiemidt für vnß vnsere Erben vnd Erbfolgere mitt diesen versiegelten breiff bekennen, daß wir den beschelden Tonnies Wibbergh Gerdruten kiegelß seiner Eheliche Haußfraw vnd Erben, Alß Churfürst. vnderthaen vnd Freygbohrne Eheleuthen vnseren Erbaigenthumblichen zugehörigen hoff: vnd gutter Johan Boddekers hoff genandt, zwischen Gerthen Lohägeners vnd grossen Dietherichen binnen Anrochte ahn der westen seiten deß dorffs gelegen neben allen dabei gehörigen lendereyen vff zwolff Jahr nach landtsrecht damit verelocirt vnd ohne einige alte oder newe restanten vntergethan haben. Dergestalt das Er Conductor vnd seine Erben vnd vns vnd vnseren Erbfolgeren Jährlich vnd alle Jahr Sechs mudt roggen, Sechs mudt gersten, Zwolff mudt Haberen, Ein schuldt schwein, vier huner vnd zehen groschen hoffgelt dauon zwischen Michaelis vnd Martini festtagen betzahlen, Solchen hoff vnd lenderey

Digitized by Google

in gutten esse baw vnd besserungh halten vnd nichts dauon zuuerreusseren, Auch nach vmblauff zwolff Jahren de novo wieder winnen sollen vnd wollen; Nachdem aber dieser hoff wegen bißhero anklebenden Eigenthumbs auch sonsten wegen deß elenden langwirigen krieges wesent vber zwantzigh vnd mehr Jahren gantz oide vnd wuste (wie nachzusehen ist) gelegen, damit dan darauff ein hauß wieder möchte gebawet vnd die lenderey in esse gebracht werden, So haben wir geschwestere obgemelt, den aigenthumb berurten hoffs für eine gnuchsahme Summe geldts die so, Ich Anna Elisabeth von Vollmaringhaussen, Wittiben von Hanrleiden mitt vorwissen vnd beleiben meiner Schwester von obgttr. kauffer baar zu meinen handen bekommen vnd empfangen habe, darab dieselbe vnd ihre erben hiemit quittire vnd vns gutter betzahlungh bedancken thuen schwinden vnd fallen lassen, Setzen deßhalben auch obgttr. Eheleute in solchen vnseren obberurten nuhn mehr freyen hoff vnd guttere mitt seiner Zubehörigen houen landts alten vnd newen Gerechtigkeiten Nutzbarkeit vnd Privilegien nuhn vnd inkünfftig gleich damitt alß ein freyhes guett zu schalten vnnd zu walten, auch nuhn vnd hinfuro ruhig einhaben, besitzen, tellen, bawen, bewohnen, und gebrauchen sollen vnd mögen, ohne vnser oder vnsere erben oder Jemands einsprechungh oder behinderungh; Wie wir vnß dan auch hiebey austrucklich begeben aller argelist vnd newen funden, so vnß vnd den vnserigen hirinne zu gutte kommen konte Tonies Wibbergh seiner haußfrawen vnd Ihren erben vnd erbfolgeren zuwider erdacht vnd Expractisirt werden mochte, vnd geloben diese freilassungh vnd clocation vnsers obbemelten hoff vnd gutts zustehen vnd zuwähren wie eß sich gebühret vnd recht ist; Vrkundt vnd wahrheit haben wir geschwestere diesen breiff mitt aigenhanden vnterschrieben vnd mit vnseren adlichen pittschafften befestigt; Geschehen Im Jahr Ein tausent Sechs hundert Funffzigh vnd neuhn, Oestwich den 4. Augusti.

Siegel und Unterschriften.

Digitized by Google

XXVIII.

1) Welche Wirkung hat es, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde beim zweiten Instanz-Richter angemeldet wird und dieser dieselbe annimmt?

2) Kann der Richter die Ausführungsfrist für die Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg erweitern?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(Verordnung v. 14. Dez. 1833. §. 11. 12. Allg. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 553.)

In Sachen S. gegen M. war das Appellatorium beim Ober-Landesgerichte zu A. instruirt und das Erkenntniß dort publicirt, und am 22. Juni 1835 dem Anwald des Verklagten insinuirt worden. Dieser legte dagegen am 29. Juli die Nichtigkeitsbeschwerde ein, und bemerkte im allgemeinen, daß Rechtsgrundsätze verletzt und wider den klaren Inhalt der Akten erkannt worden, und bat zur Ausführung dieser Nichtigkeitsgründe um eine Frist, welche ihm bis zum 1. Sept. gestattet ward. Auch die binnen dieser Zeit verhandelte Nichtigkeitsbeschwerde, und deren insbesondere eine Incompetenz des

Digitized by Google

Richters nicht rügende, Beantwortung erkannte das Königl. Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die von den Verklagten wider das Urtheil des Civil-Senats des Königlichen Hofgerichts zu Arnsberg de publicato den 14. Juni 1835 erhobene Nichtigkeits-Beschwerde:

da das Urtheil ihnen bereits am 22. Juni zugefertigt, die Beschwerde aber erst am 1. September ausgeführt und bis dahin die sechswöchentliche gesetzliche Frist schon verstrichen gewesen, auf die Erklärung v. 29. Juli aber als eine bloße Anmeldung der Beschwerde überhaupt nicht und um so weniger Rücksicht zu nehmen ist, als die Beschwerde nicht beim Richter erster Instanz, sondern bei dem der zweiten Instanz, der Verordnung vom 14. Dez. 1833 entgegen, angemeldet und dort darüber verhandelt ist,

als nicht devolvirt zu erachten, darnach zurückzuweisen und den Imploranten die Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens zur Last zu legen.

Von Rechts Wegen.

Berlin, den 8. Januar 1836.

(L. S.) (gez.) Sack.

Digitized by Google

XXIX.

1) Sind bei Beurtheilung der Zulässigkeit der Revision die beiden ersten Erkenntnisse schon dann verschiedenen Inhalts, wenn dem Revisen das in erster Instanz unter Bedingung eines nothwendigen Eides, oder wenn

2) dem Revidenten das in erster Instanz ganz aberkannte Recht in zweiter Instanz nicht in der gehörigen Ausdehnung zuerkannt wird?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(Verordnung vom 14. Dezember 1833 §. 2.)

In den Jagdstreitigkeits-Sachen des X mit P. N. und H. hatte das Erkenntniß des Justiz-Amts Eslohe

1) dem H. das Mit-Jagdrecht unbedingt zuerkannt. X appellirte, und durch das Appellations-Erkenntniß ward dem H. noch ein Erfüllungs-Eid aufgelegt. X revidirte dagegen, H. bestritt aber die Zulässigkeit der Revision.

2) Dem P. und N. war in erster Instanz das Mit-Jadrecht aberkannt, in zweiter Instanz aber auf eine Flur zuerkannt. Beide revidirten, weil es ihnen nach den Akten auf mehrere Fluren hätte zuerkannt werden müssen.

Das Geheime Ober-Tribunal erkannte hierauf für Recht:

daß im übrigen aber die gegen das Urtheil des Civil-Senats des Königl. Hofgerichts zu Arnsberg de publ.

Digitized by Google

den 26. Mai 1835 vom Kläger wider den H. ad grav. 1. wegen der Mitjagd in der Obersalweier Flur erhobene Revision:

da das Appellations-Urtel insoweit dem Kläger nicht beschwerender, vielmehr demselben schon wohlthätiger ist, als das Urtheil des Königlichen Justiz-Amts E. weil es die Mitjagd, welche dem Verklagten in erster Instanz unbedingt zugesprochen war, nur bedingungsweise gegen eidliche Bekräftigung des dreißigjährigen Besitzes zuerkannt hat,

ebenso auch die von den Verklagten P. und N. sub grav. 1. und 2. erhobene Revision, wegen Aberkennung der Mitjagd in der Kückelheimer, Nieder- und Obersalweier, resp. auch der Siepertinger und Esloher Flur,

da das Appellations-Urtheil dem P. die Mitjagd in der Siepertinger und dem N. die Mitjagd in der Niedersalweier Flur zugesprochen hat, nachdem ihnen im Urtheil erster Instanz jede Mitjagd im Kirchspiel Eslohe abgesprochen war, das Appellations-Urtheil beiden Verklagten also ebenfalls schon günstiger gewesen, und demnach hier eben so, wie bei der vom Kläger gegen den H. erhobenen Beschwerde nach §. 2. der Verordnung vom 14. December 1833 das Rechtsmittel der Revision unstatthaft ist,

als nicht devolvirt, demnach zurückzuweisen, und jedem Theil die Kosten des eingelegten Rechtsmittels, soweit sie aber gemeinschaftliche Kosten sind, dem Kläger zur einen, den revidirenden Verklagten zur zweiten Hälfte aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Berlin, den 18. März 1837.

(L. S.) (gez.) Sack.

Digitized by Google

XXV.

Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Hrn. Justiz-Minister herausgegeben von A. H. Simon, Geh. Ober-Justiz- und Revisions-Rathe und H. L. v. Strampff, Kammergerichts-Rathe. Vierter Band. Berlin, bei Ferdinand Dümmler 1836. gr. 8. S. 222 (Pr. 2 Thlr. 10 Sgr.)

Recension

von

Sammer.

Wir lassen diese Entscheidungen in gewohnter Weise an uns vorübergehen.

N. 1. (S. 3.) enthält zuvörderst die nicht zweifelhafte bejahende Frage, ob eine Bockwindmühle zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen — sodann die Entscheidung: das dingliche Recht eines Hypothekengläubigers, welchem nicht ausdrücklich nur Grund und Boden zur Hypothek verschrieben ist, erstreckt sich auch auf das später von einem Dritten auf dem verpfändeten Grundstück errichtete Gebäude. Die Entscheidung, reformirend die Erkenntnisse des Land- und Stadtgerichts zu Stallupöhnen und des Ober-Landesgerichts zu Insterburg, entspricht dem Wortsinne der §§. 471—473. A. L. R. I. 20. Schwerlich dürfte sie aber mit dem Geiste der Gesetze zu vereinigen seyn. Nach §. 332. A. L. R. I. 9. muß der Eigenthümer des Grundes und Bodens, wenn

Digitized by Google

er um den Bau des Fremden gewußt, und nicht sogleich, als er davon Nachricht erhalten, der Fortsetzung desselben auf eine solche Art, daß es zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist, widersprochen hat, sich mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden der Gebäude begnügen. Diese besondere gesetzliche Begünstigung muß dem Bauenden auch gegen dem Pfandgläubiger zu Statten kommen, da dieser nur die Rechte des Eigenthümers ausübt, also wenigstens nicht mehr Rechte, als der Eigenthümer haben kann. Es liegt auch gar kein Grund vor, dem Gläubiger mehrere Rechte zu geben, da sein Interesse von der Eintragung an doch nur in der Taxe des Bodens bestehen kann, und im §. 455. 470 noch ausdrücklich bestimmt ist, daß er auf Pertinenzstücke, die aus fremdem Eigenthum der Sache beigefügt worden, keinen Anspruch habe. Aus den §§. 471 bis 473. kann also nur gefolgert werden, daß selbst im Falle der §§. 327—331. A. L. R. I. 9. der Pfandgläubiger, dem nur Grund und Boden verschrieben, weder das Abbrechen verlangen, noch das Gebäude sich zueignen, sondern blos den Ersatz der höchsten Taxe verlangen könne, und zwar dieses, weil er ja überhaupt auf aus fremdem Vermögen hinzugekommene Pertinenzstücke kein Recht hat. Unter Pertinenzstücken ist hier nach dem Zusammenhange das expost superstructum zu verstehen. —

N. 2. (S. 15.) handelt vom Schadens-Ersatz aus einer Injurie. Dem Glashändler N. wurde die Gewinnung des Bürgerrechts vereitelt, weil O. ihn in der Stadverordneten-Versammlung bezüchtigte, daß er auf den Grund eines falschen, im Namen des O. geschriebenen Briefes auf dessen Rechnung Glaswaaren bei dem Glashändler G. habe ausnehmen wollen, und ein deßhalb von G. eingereichtes Attest überreichte. N. veranlaßte nun eine fiskalische Untersuchung gegen den N., weil er sich über die fragliche ungegründete Beschuldigung ein falsches Attest zu verschaffen gewußt, und dadurch den

Digitized by Google

Magistrat hintergangen habe. Die Untersuchung endete in erster Instanz mit Strafverurtheilung, in zweiter mit vorläufiger Freisprechung. Kurz vor dem zweiten Erkenntniß klagte R. gegen den O. auf Ersatz des ihm durch die Bürgerrechts-Verweigerung, und damit verbundenen Verlust des Gewerbrechts bis 1829 erwachsenen jährlichen Schadens. Es wurde die Einrede der Verjährung entgegnet. Dagegen replizirte R., daß er erst nachdem die fragliche Handlung durch das Erkenntniß in der fiskalischen Untersuchungs-Sache als unerlaubte erklärt, und der O. als Urheber des Schadens rechtlich ermittelt worden, die Klage anstellen können. In erster Instanz wurde diese Behauptung, daß die Entschädigungs-Klage erst nach der gerichtlichen Entscheidung der Untersuchungs-Sache mit Erfolg habe angestellt werden können, für gesetzlich gerechtfertigt, und demnach der Einwand der Verjährung für unbegründet erklärt. In zweiter Instanz ward vom Ober-Landesgericht zu Ratibor die Verjährung rücksichtlich des Schadens, der in den drei letzten Jahren vor Anstellung des Schadens entstanden, verworfen, wegen der älteren Beträge aber zugelassen. Vom Geh. Ober-Tribunal ward die Verjährung überall für begründet erkannt. Es ward angenommen, wo das Gesetz, wie hier, an den Ablauf der Verjährungsfrist ausdrücklich den Verlust des Rechts knüpfe, sey auch alles, was mit demselben als unmittelbare Folge zusammenhängt, ohne Ausnahme mitverloren zu achten; die Thatsache der Vermögensverletzung bilde den Schaden, diese Thatsache sey mit der, durch die Handlung des Verklagten veranlaßten Verweigerung des Bürgerrechts und Gewerbscheins eingetreten; die fernere Entwickelung der nachtheiligen Folgen dieser Verletzung komme bei Berechnung der Verjährungsfrist nicht in Betracht, und es liege darin ein Widerspruch, wenn man annehme, wie der zweite Richter gethan, daß eine Beschädigung vor rechtsverjährter Zeit sich ereignet habe, der Grund eines Anspruchs also beseitigt sey, daß die fortdauernden schäd-

Digitized by Google

lichen Folgen aber eben aus diesem Grunde dennoch rechtliche Veranlassung eines solchen seyen, sofern sie über die Verjährungsfrist hinausgingen. Inzwischen dürfte sich doch Manches für die entgegengesetzte Meinung anführen lassen, es heißt im §. 54. A. L. R. I. 6: „Wer einen außerhalb dem Falle eines Contracts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahren rc.“; nicht auf das Datum der Handlung, sondern des Erleidens des Schadens kommt es also an; tritt sonach der Schaden mit jedem Jahre neu ein, so scheinen allerdings mehrere Schäden vorhanden zu seyn, von denen die einen verjährt seyn können, und die anderen nicht, eben so wie z. B. Renten. Im folgenden ähnlichen Rechtsfalle ist auch anders entschieden. — Unbedenklich ist dagegen die Haupt-Entscheidung, welche die Verjährung im Allgemeinen zuläßt, begründet.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Dritter Jahrgang.

Drittes Heft.

Arnsberg, 1836

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt des dritten Heftes

dritten Jahrgangs.

Seite

XXXI. Ueber die Selbstständigkeit der Klage des Hypothekengläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypothek. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Gustav Cappell in Hamm 335

XXXII. Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Herren Justiz-Minister herausgegeben von A. H. Simon und H. L. v. Strampff. 4ter Band. Recension von Sommer. (Fortsetzung.) 348

XXXIII. Ob unter der Herrschaft des gemeinen Rechts deferirte Erbschaften seit Einführung des allgem. Landrechts durch Nicht-Einhaltung der darin bestimmten Deliberations- u. Inventar-Niederlegungsfristen dem Erben von selbst zufallen? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 387

XXXIV. Ob gegen den Besitzer eines temporären Rechts zur Sache, der sich dessen berühmt, vor Ablauf der behaupteten Dauer dieses Rechts, die Diffamationsklage statt finde? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 389

XXXV. Ob im Arnsberger Ober-Landesgerichts-Departement die bloße Anmeldung der General-Hypothek im Laufe der Präclusivfrist dieselbe auch ohne Specialisirung erhalten habe? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Franz Michael Pape aus Meschede 395

Digitized by Google

Seite

XXXVI. Abhandlung über die Frage: ob und welche Veränderungen das auf früherhin eigenbehörigen Colonaten, insbesondere in der Grafschaft Rietberg, haftende Heimfallsrecht durch die Westphälische und später durch die Preußische Gesetzgebung erlitten hat. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Brandis aus Paderborn 405

XXXVII. Ueber den Begriff des Compromißvertrages und über die persönliche Fähigkeit zum Schiedsrichteramte. Abhandlung vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor von der Hagen zu Hamm 419

XXXVIII. Inwiefern die Hudeberechtigten gegen die successive Verwandlung eines Laubholz-Waldes in einen Nadelholz-Wald ein Widerspruchsrecht haben. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 483

XXXIX. 1) Die Grundsätze über die Beweislast sind in Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht als Rechtsgrundsätze, sondern als Prozeßvorschriften zu betrachten, und es findet deshalb eine Nichtigkeitsanfechtung nicht statt.

2) Dasselbe gilt von der Frage, ob Beweismittel als erheblich aufzunehmen oder nicht.

3) Es ist keine Nichtigkeit, wenn der Richter in den Gründen ein für den vorliegenden Fall nicht gegebenes Gesetz zwar anführt, die Entscheidung aber nicht gerade darauf gründet. Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer 492

XL. Ob beim Recognitions-System auch die Rückstände von Real-Lasten auf den damit unbekannten Erwerber passiv übergehen? ob auch mehr als zweijährige? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 495

Uebersicht der juristischen Literatur vom September und October 1836.

Digitized by Google

XXXI.

Ueber die Selbstständigkeit der Klage des Hypothekengläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypothek.

Vom

Herrn Ober-Landes-Gerichts-Assessor **Gustav Cappell**

in Hamm.

In der interessanten Abhandlung „die Hypothek des Eigenthümers" (ein Versuch über den §. 52. des Anhanges zum Allg. Preuß. Landrecht und die Declaration vom 3. April 1824, von Albert Friedrich von der Hagen, Dr. der Philosophie, Königl. Preuß. Oberl. Ger. Assessor. Arnsberg 1836, bei A. L. Ritter.) berührt der Herr Verfasser Seite 265—280. auch die praktisch so äußerst wichtige Frage:

wie der Hypothekengläubiger processualisch zur Realisirung seiner Pfandrechte gegen den dritten Besitzer gelange?

und spricht das Resultat seiner Untersuchung dahin aus: „Der grundsätzlich richtige Weg möchte daher „eigentlich der seyn, daß der Gläubiger den persönlichen „Schuldner belangt, und den Besitzer zur Wahrneh„mung seiner Gerechtsame adcitiren läßt, wenn er nicht „hiernächst gegen ihn einen neuen Prozeß führen will."

Digitized by Google

Der Herr Verfasser führt inoessen S. 274. an, daß die Praxis diese Ansicht nicht theile, vielmehr, das unabweisliche Bedürfniß des Lebens anerkennend, aber der Theorie des Landrechts entgegen, dem Gläubiger gegen den dritten Besitzer nicht nur das Kündigungsrecht gebe, sondern auch eine Klage: „daß er zahle, bei Vermeidung der Realexecution.“ Es mag nicht überflüssig erscheinen, den Versuch zu wagen, die Praxis theoretisch zu rechtfertigen. Denn wo die Praxis in einen wirklichen Widerspruch mit der Theorie des Gesetzbuchs tritt, wird sie unfehlbar schwankend bleiben, weil es nicht an Richtern fehlen wird, welche ihre nach der Theorie richtige Ansicht dem praktischen Bedürfnisse nicht werden opfern wollen. Noch neuerlich hat wenigstens von fünf Richtern einer jene angeblich theoretisch richtige Ansicht auch praktisch geltend machen wollen, und der dieselbe vertheidigende Mandatar war von deren Richtigkeit ganz durchdrungen. Diese Theorie wird in der vorhin gedachten Abhandlung aus der streng accessorischen und dinglichen Natur des Pfandrechts hergeleitet, welche dem Gläubiger nicht gestatte, den blos accessorisch und dinglich Verpflichteten dritten Besitzer unmittelbar zu belangen, indem er gegen diesen eine eigentliche Forderung gar nicht habe, sondern nur das Recht, sich zur Verfallzeit wegen seiner Forderung, nach vorgängiger Feststellung derselben gegen den persönlichen Schuldner, an die verpfändete Sache zu halten, so daß der dritte Besitzer zur Zahlung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt erscheine, um den Angriff des Pfandes abzuwehren.

Die scheinbar entgegenstehende Bestimmung des §. 494.

Digitized by Google

Tit. 20. Thl. 1. des A. L. R. wird von dem Herrn von der Hagen wegen deren Verbindung mit den §§. 490 seqq. und 45 seqq. a. a. O. nur von der Ausübung des Pfandrechts durch Execution verstanden, nicht aber auf die Frage bezogen, wie geklagt werden müsse, um zur Execution zu gelangen. Die von Realklagen redenden Stellen der A. G. O. Th. I. Tit. 2. §. 115. Tit. 28. §. 15. Tit. 51. §. 2—50. Tit. 52. §§. 18. 19. sollen entweder die Identität des Schuldners und Besitzers voraussetzen, oder nur auf den Gegensatz zwischen Realgläubigern und bloßen Personalgläubigern sich beziehen. In wie fern die einzelnen hier allegirten Gesetzesstellen die eine oder andere Ansicht mehr unterstützen, bedarf vorläufig keiner Untersuchung, da die Behauptung, daß der Hypothekengläubiger gegen den dritten Besitzer nicht selbstständig klagen könne, nicht aus einer jener Gesetzesstellen, sondern aus der Theorie des A. L. R. von der streng accessorischen Natur des Pfandrechts hergeleitet wird. Es genügt daher hier die Bemerkung, daß die allegirten gesetzlichen Bestimmungen nichts enthalten, was der Selbstständigkeit der Klage gegen den dritten Besitzer der Hypothek widerspricht.

Die Voraussetzung dagegen, daß bei jeder accessorischen Verbindlichkeit grundsätzlich der accessorisch Verpflichtete nur nach vorgängiger Feststellung der Verpflichtung gegen den Hauptverpflichteten oder in Verbindung mit letzterem belangt werden könne, ist einer Prüfung zu unterwerfen, weil diese Voraussetzung der Ausführung des Herrn von der Hagen lediglich zum Grunde liegt.

Digitized by Google

Die accessorischen Obligationen haben als solche nur das Eigenthümliche, daß sie zu ihrer Rechtsbeständigkeit einer anderen Verbindlichkeit als Basis bedürfen, mit deren Wegfallen auch sie aufhören, Wirksamkeit zu äußern.

cfr. Thibaut System des Pandecten-Rechts. 7te Ausgabe. §. 942.

Dagegen liegt es nicht im Begriffe derselben, daß sie nicht selbstständig geltend gemacht werden können. Weder das Römische Recht, noch das allgemeine Landrecht geben bei denjenigen accessorischen Obligationen, welche selbstständig gegen den accessorisch Verpflichteten verfolgt werden dürfen, zu erkennen, daß diese Befugniß eine Abweichung von der Rechtsregel darstelle. Man denke nur an alle Arten der privativen Interceßionen und das constitutum debiti alieni, so wie an die Bürgschaft mit der Verpflichtung eines Selbstschuldners. Dagegen spricht das A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §. 344. ausdrücklich aus, daß es Pflicht des Bürgen sey, den Hauptschuldner zu dem Prozesse mit vorladen zu lassen, und die Allgemeinheit des Marginale zu §. 342 l. c.: „Pflicht des in Anspruch genommenen Bürgen wegen Zuziehung des Hauptschuldners“ legt es deutlich an den Tag, daß hier von keiner Abweichung von der Rechtsregel die Rede seyn soll, sondern von einer Vorschrift, die nur durch das beneficium excussionis modificirt wird. Diese Vorschrift entspricht auch durchaus der Natur der Verhältnisse, weil der accessorisch Verpflichtete weit mehr in der Lage ist, sich bei Uebernahme seiner Verbindlichkeit für den Fall des Angriffs zu sichern, als der Gläubiger, zu dessen Vor-

Digitized by Google

theil die accessorische Obligation hinzugefügt wird, den Weiterungen vorzubeugen vermag, die häufig die gleichzeitige Verfolgung des Hauptschuldners nach sich ziehen würde. —

Nur denjenigen accessorischen Obligationen, welche eine blos subsidiarische Verbindlichkeit erzeugen, ist es eigen, daß sie gegen den Hauptverpflichteten ausgeklagt werden müssen, bevor sie wirksam werden können. Allein es liegt nicht im Begriffe einer accessorischen Obligation, daß sie subsidiarisch sey, wie die vorhin genannten Beispiele darthun. Vielmehr stellen die subsidiarischen Intercessionen nur eine Gattung der accessorischen Verbindlichkeiten dar.

cfr. Thibaut l. c. §. 490.

von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1ste Ausgabe. III. Buch. 11. Kap. §. 360.

Deßhalb wird auch sowohl im römischen Rechte, als im allgemeinen Landrechte die Befugniß des Bürgen, die Vorausklage des Hauptschuldners zu verlangen, als eine Einrede oder Rechtswohlthat (beneficium) bezeichnet, welche durch positives Gesetz eingeführt wurde. cfr. Nov. 4. Cap. 1. A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §. 297. 307. Wo diese Einrede wegfällt, tritt das Rechtsverhältniß in seiner Reinheit hervor; dann gestattet aber §. 297 alleg. ausdrücklich, den Bürgen mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners zu belangen.

Daraus also, daß das Pfandrecht als eine accessorische Verbindlichkeit characterisirt werden muß, kann noch

Digitized by Google

nicht gefolgert werden, daß es nicht selbstständig geltend gemacht werden könne.

Es fragt sich deßhalb, ob spezielle gesetzliche Vorschriften solches gebieten? Eine solche existirt nicht, vielmehr deuten mehrere Gesetzstellen unzweideutig das Gegentheil an.

Wenn es im A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 49. heißt:

„Das Recht des Gläubigers, sich zuerst an das Pfand zu halten, findet Statt, ohne Unterschied: ob dasselbe von dem Schuldner oder von einem Dritten bestellt worden,"

im §. 53 l. c.:

„Die Pflicht, dem Gläubiger zu gestatten, daß er seine Befriedigung sofort aus der verpfändeten Sache nehme, geht der Regel nach auf jeden Eigenthümer derselben über,"

im §. 494 l. c.:

„Auch hat der Gläubiger, wenn gleich die Sache sich in den Händen eines dritten Besitzers befindet, dennoch die freie Wahl, ob er sogleich an diese oder zuerst an die Person seines Schuldners sich halten wolle,"

so beziehen sich diese Bestimmungen allerdings ihrer Stellung nach, zunächst nur auf die letzte Realisirung des Pfandrechts durch Execution; allein es erhellt daraus ganz klar, daß dem Hypothekengläubiger, sobald sich die Hypothek in den Händen eines drittes Besitzers befindet, zwei verpflichtete Subjecte gegenüber stehen, der persönliche Schuldner und der Besitzer der Hypothek, deren Verbindlichkeit sich nur darin unterscheidet, daß die des

Digitized by Google

letzteren durch den Werth eines bestimmten Objectes beschränkt ist. Da nun nach den Grundsätzen des A. L. R. Thl. 1. Tit. 5. §. 430. von mehreren Verpflichteten, welche nicht blos pro rata haften, in der Regel jeder für sich allein belangt werden kann, und von dieser Regel für den dritten Besitzer der Hypothek keine Ausnahme gemacht ist, so erscheint die Praxis auch nach der Theorie des Landrechts gerechtfertigt, wenn sie den Hypothekengläubiger zur Klage gegen denselben verstattet, ohne die Ausdehnung derselben gegen den persönlichen Schuldner zu verlangen. Zu einer Ausnahme war auch um so weniger Grund vorhanden, als die Eintragung einer Forderung ins Hypothekenbuch ohnehin schon die Vermuthung für deren Rechtsgültigkeit begründet, und der §. 431. Tit. 5. Thl. 1. des A. L. R. dem in Anspruch genommenen Besitzer verstattet, den persönlichen Schuldner zum Prozesse vorladen zu lassen, um sich Gewißheit über die Fortdauer der persönlichen Verbindlichkeit zu verschaffen.

Einer Rechtfertigung wird es noch bedürfen, daß bei der bevorstehenden Argumentation

1) der Besitzer der Hypothek als ein besonders verpflichtetes Subject bezeichnet ist, und
2) die Verbindlichkeit desselben der des persönlichen Schuldners mit der Maaßgabe gleichgestellt ist, daß dieselbe nur auf den Werth eines bestimmten Objects sich erstrecke.

Dem ersten Satz stellt die Eingangs gedachte Abhandlung die Behauptung gegenüber, daß bei der Hypothek nach dem A. L. R. die Sache blos Object eines,

Digitized by Google

mit der persönlichen Forderung accessorisch verbundenen dinglichen Rechts, nicht aber wie nach römischem Recht verpflichtetes Subject sey.

Es kann hier nicht die Absicht seyn, die Frage zu erörtern, welcher Unterschied zwischen dem römischen Rechte und dem allgemeinen Landrechte hinsichtlich der Haftbarkeit der zur Hypothek bestellten Sache obwalte. Für den vorliegenden Zweck genügt es, daß nach dem vorhin allegirten §. 53. die Pflicht, dem Gläubiger zu gestatten, daß er seine Befriedigung sofort aus der verpfändeten Sache nehme, auf jeden Eigenthümer derselben übergeht. Denn durch diese Bestimmung wird der dritte Besitzer der Hypothek als deren Repräsentant bezeichnet und dem Hypothekengläubiger ein sofort wirksames Recht gegen denselben eingeräumt. Dieses dadurch beschränken zu wollen, daß es nur nach vorgängiger Feststellung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner geltend gemacht werden könne, weil es accessorischer Natur sey, ist nach Obigem der Rechtsregel zuwider. Dadurch, daß §. 53. alleg. jedem Eigenthümer, nicht blos der Sache, die betreffende Pflicht auferlegt, gestattet er selbstredend, den dritten Besitzer als verpflichtetes Subject zu bezeichnen. Dies ist auch um so richtiger, als dem Gläubiger kein unmittelbares Recht auf die Sache selbst zusteht, sondern nur auf deren Werth (was übrigens Herr von der Hagen selbst in seiner Eingangs gedachten Abhandlung S. 28—29. als besonders characteristisch für das Preußische Hypothekenrecht hervorhebt); denn diesen Weg kann er nur durch Klage wider den Besitzer erhalten. Dem Satze, daß die Ver-

Digitized by Google

pflichtung des dritten Besitzers der Hypothek sich nur in Ansehung des Objects, aus welchem die endliche Befriedigung zu entnehmen, von der Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners unterscheide, steht in der mehrgedachten Abhandlung die Behauptung gegenüber, daß der Hypothekengläubiger keine eigentliche Forderung gegen den dritten Besitzer habe, sondern nur das Recht, sich zur Verfallzeit wegen seiner persönlichen Forderung an die verpfändete Sache zu halten und nach eingetretenem Zahlungstermine in Gemäßheit der Prozeßordnung auf deren Veräußerung anzutragen. Prüft man den Unterschied, der hier zwischen einer Forderung und dem Rechte, wegen dieser Forderung aus einer gewissen Sache Befriedigung zu suchen, liegt, näher, so reduzirt sich derselbe in der That nur auf den hier angegebenen. Jede Forderung hat unleugbar blos deßhalb Werth, weil sie ein Recht giebt, Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu erhalten. Der persönliche Schuldner haftet mit seinem ganzen Vermögen, der Besitzer der Hypothek mit einem bestimmten Theile desselben, dem Werth der verpfändeten Sache. Daß dieser Unterschied für die Verfolgung des Rechts nicht wesentlich ist, erhellt recht augenscheinlich aus dem §. 46. l. c.:

„Doch kann der Schuldner, insofern er alsdann noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ist, darauf antragen, daß der Gläubiger zuerst aus dieser seine Befriedigung suchen solle.“

Hier wird, so lange das Pfandrecht fortdauert, sogar gegen den Hauptverpflichteten das Recht des Gläubigers zunächst auf die verpfändete Sache beschränkt,

Digitized by Google

und doch ist dies ohne Einfluß auf die prozessualische Verfolgung. Die Bestimmung des §. 46. alleg. liefert auch den Beweis, daß die Redactoren des Landrechts der Hypothek sogar im Besitze des persönlichen Schuldners eine gewisse Selbstständigkeit beilegten und es anerkannten, daß nach der Absicht der Contrahenten die Hypothek als das Principale und die persönliche Verbindlichkeit als das Untergeordnete erscheine. Ein ähnliches Anerkenntniß liegt nun eben so darin, daß nach §. 49. 53. alleg. das Recht des Gläubigers, sich zuerst an das Pfand zu halten, statt findet, wenn dasselbe auch von einem Dritten bestellt worden, oder in das Eigenthum eines Dritten übergegangen ist. Diese Vorschrift, die sowohl bei dem Faustpfande als bei der Hypothek (nach §§. 49. 53. 494. alleg.) gilt, stellt hinsichtlich des verpfändeten Objects den Besitzer desselben einem Bürgen gleich, der sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, und deßhalb, obgleich seine Verbindlichkeit an sich nur eine accessorische ist, nach §. 297. Tit. 14. Thl. 1. des A. L. R. mit Uebergehung des Hauptschuldners selbstständig belangt werden kann. Bestätigt wird diese Ansicht durch den §. 493 h. t.:

„Gegen einen im Hypothekenbuche eingetragenen Gläubiger kann Niemand mit dem Vorwande, daß er redlicher Besitzer und ihm von dem Anspruche nichts bekannt gewesen sey, sich schützen.“

Denn da derjenige, der eine mit Hypotheken belastete Sache erwirbt, zugleich wissen muß (cfr. §. 12. der Einleitung des A. L. R.), daß der Gläubiger sich nach §. 53. alleg. sofort mit Uebergehung des persönlichen

Schuldners zuerst an dieselbe halten kann, so hat er unmittelbar ex lege dieselbe Verpflichtung übernommen, welche dem Bürgen ex contractu obliegt. Warum die erstere anderer Natur seyn soll, ist nicht einzusehen. Der einzige wesentliche Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Bürgen und dem Bürgen mit der Verpflichtung als Selbstschuldner besteht darin, daß der letztere das beneficium excussionis nicht hat. Da nun dieses beneficium dem dritten Besitzer der Hypothek ausdrücklich entgegen ist, so ist die Gleichheit seines Verhältnisses mit dem des Bürgen als Selbstschuldner vollkommen bis auf den Umfang der Verbindlichkeit, der im Wesen derselben nichts alterirt. Diese Analogie zwischen dem Verhältnisse des dritten Besitzers einer Hypothek und dem Bürgen erkennt auch der §. 56. h. t. in einer einzelnen Anwendung ausdrücklich an.

Wenn nun die Praxis gegen den dritten Besitzer der Hypothek eine Klage gestattet:

„daß er zahle, bei Vermeidung der Realexecution,“

so verkennt sie dabei nicht, daß derselbe an sich zu zahlen nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, um den Angriff des Pfandes abzuwehren. Gegen jene Form des Antrages läßt sich aber nichts Wesentliches erinnern, weil jede Verurtheilung, die keine individuelle (non fungibilis) Sache zum Gegenstande hat, erst durch das damit verbundene Präjudiz ihre eigentliche Bedeutung erhält, der Zusatz „bei Vermeidung der Realexecution“ mithin dasselbe sagt, als ob der Antrag dahin ginge:

zu gestatten, daß die Befriedigung wegen der eingetragenen Forderung aus der zur Hypothek bestellten

Digitized by Google

Sache genommen werde, wenn nicht der Besitzer es vorziehen möchte, auf andere Weise Zahlung zu leisten.

Nur dann, wenn die Hypothekenklage des A. L. R. auf die Sache gerichtet wäre, würde jene Form unpassend erscheinen, weil sie einen individuell bestimmten Gegenstand in einen andern ungleicher Art verwandelte.

Da indessen die Hypothekenklage des A. L. R. nur den in Geld darzustellenden Werth der Sache zum Gegenstande hat, also der Antrag nur dahin gehen kann, diesen Werth bis zu dem durch die Forderung auf der einen und durch den Erlös der Sache auf der andern Seite bestimmten Betrage zu erhalten, dieser Werth aber sich zur Zeit der Klage im Besitze des Verklagten befindet: so kann es keinen Tadel verdienen, wenn dem Hypothekengläubiger auch gegen den dritten Besitzer der Antrag auf Zahlung gestattet wird, mit der sich von selbst verstehenden Maßgabe, daß solche im Wege des Zwanges nur aus dem Werthe der verpfändeten Sache, deren Repräsentant der Besitzer ist, erfolge.

Auf der andern Seite hat aber auch der dritte Besitzer ein, in der mehrgedachten Abhandlung bezweifeltes, Recht darauf, daß ihm gekündigt und gegen ihn geklagt werde, ehe die Hypothek angegriffen werden darf. Dieses in Ministerial-Rescripten verschiedentlich anerkannte Recht folgt aus der vorhin nachgewiesenen Analogie der Bürgschaft. (cfr. A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §. 310.)

Schließlich mache ich noch darauf aufmerksam, daß

1) die Mandatsklage nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 §. 1. Nr. 2. nur unter der Voraussetzung,

Digitized by Google

daß der dritte Besitzer der Hypothek selbstständig belangt werden kann, vollen praktischen Werth hat, und

2) bei der Revision des 20. Titels 1. Theils des A. L. R. die hier behandelte Frage in den gedruckten Motiven gar nicht berührt und keine Veränderung in der Fassung der betreffenden Bestimmungen des Landrechts beantragt ist.

Beide Umstände scheinen mir dafür zu sprechen, daß man auch jetzt noch bei den höchsten Behörden das Verfahren der Praxis hinsichtlich der Hypothekenklagen gegen den dritten Besitzer nach der Theorie des Landrechts für richtig hält. Denn sonst würde man gewiß nicht unterlassen haben, die so wünschenswerthe Harmonie zwischen Theorie und Praxis durch declaratorische Bestimmungen wieder herzustellen.

Digitized by Google

XXXII.

Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, mit Genehmigung Ihrer Excellenzien der Hrn. Justiz-Minister herausgegeben von A. H. Simon, Geh. Ober-Justiz- und Revisions-Rathe und H. L. v. Strampff, Kammergerichts-Rathe. Vierter Band. Berlin, bei Ferdinand Dümmler 1836. gr. 8. S. 222. (Nr. 2 Thlr. 10 Sgr.)

Recension

von

Sommer.

(Fortsetzung.)

N. 3. (S. 22.) hat einen der N. 12. des vorigen Bandes ähnlichen Rechtsfall zum Gegenstande. Es ist 1. angenommen, dem Erbpachter einer Mühle stehe das Recht zu, vom Fiskus als Erbverpachter — nicht aber als Inhaber des Besteurungsrechts, nach der Cab. Ordn. vom 4. December 1831 die genauere Beachtung der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen betreffend — für die Aufhebung der Befreiung vom Wegezolle Entschädigung zu verlangen, falls er zur Zeit seines mit dem Fiskus geschlossenen Erbpacht-Contracts, sich im Besitz jener Befreiung für

Digitized by Google

die Wagen der Erbpachtmühle befunden und im Erbpacht-Contracte die Zusicherung erhalten hatte, daß es hinsichtlich der Freiheit von oneribus bei der bisherigen Observanz gelassen werde, und er sich solcher ebenfalls zu erfreuen habe. (A. L. R. I. 5. §. 334. 325—328.) II. Bei Verträgen, welche, wie die Erbpacht, unter den Contrahenten ein fortdauerndes Verhältniß, fortdauernde wechselseitige Ansprüche und Verpflichtungen begründen, erneuert sich stets das Recht des Uebernehmers der Sache, die Gewährleistung der übernommenen Sache in contractmäßiger Art zu fordern. Dieses Recht verliert er durch Verjährung nur für diejenige Zeit, welche außer den, von der gerichtlichen Klaganmeldung zurückzunehmenden gesetzlichen Fristen liegt. — Es möchte bei diesen Entscheidungen nur zu bemerken seyn, daß wohl nicht der Gesichtspunkt der Gewähr entscheide, sondern die Gegenleistung wegen der weggefallenen Befreiung zu vermindern, ein Anspruch, der der dreijährigen Verjährung kaum unterliegen dürfte.

In N. 4. (S. 35.) sind folgende Rechtsfragen entschieden: I. Ist ein Concurs-Curator als solcher legitimirt, die Rechte einzelner Gläubiger wahrzunehmen, sofern sich daraus mittelbar ein Vortheil für die Concursmasse ergiebt? Vom Landgericht zu Crossen bejaht, mit Recht, aber vom Ober-Landesgericht zu Frankfurt verneint. II. Können in der Chur- und Neumark die Gläubiger eines Gemeinschuldners, welcher vor eröffnetem Concurse auf die Erbschaft seines verstorbenen Ehegatten, zu Gunsten der übrigen Erben desselben Verzicht geleistet hat, diese Verzichtleistung gleich einer widerruflichen Schen-

Digitized by Google

kung anfechten? Vom Geh. Ober-Tribunal unter Reformation der beiden früheren Erkenntnisse verneint. Dieser Rechtsfall ist vorzüglich von den Herausgebern illustrirt, besonders durch die Mittheilung einer Stelle aus dem inzwischen erschienenen Märkischen Provinzialrechte des Herrn Geheimen Justiz-Raths (nun Geh. Ob. Trib. R.) Scholz, welcher für die Bejahung der Frage stimmt, wogegen Herr Geh. Ober-Justiz-Rath Simon für die Verneinung ist. Die Sache ist so: die Märkischen Juristen haben durch ihr Romanisiren die Gütergemeinschaft der Constitutio Joachimica in eine portio statutaria verwandelt. (s. Fr. Müller praet civ. March. Resol. 90.) Daraus folgte denn natürlich, daß auf diese Erbschaft die L. 6. §. 2. ff. quae in fraudem creditor (42,8) angewandt, somit die Actio Pauliana gegen die Entsagung auf einen solchen Anfall zurückgewiesen werden mußte. Dies will man nun als eine besondere Observanz geltend machen, da es doch nur gemeines Recht war. Dieses ist aber durch das allgemeine Landrecht aufgehoben, somit müssen die Entsagungen nun auch nach diesem allgemeinen Landrecht und der Concurs-Ordnung beurtheilt werden. Da die gedachten Bestimmungen (A. L. R. I. 11. §. 1129—1131. A. G. O. I. 50. §. 50.) nicht unter die suspendirten Titel gehören, und mit der provinzialrechtlichen Erbfolge der Ehegatten keine wesentliche Verbindung haben, so kann hier von einem Provinzialrechte keine Rede seyn. Man könnte sonst mit demselben Rechte alle Schulden, die der Mann mit der maritalischen Erbfolge übernimmt, nach römischem Rechte beurtheilen. — Der Umstand, daß der succedirende

Digitized by Google

Ehemann sein eigenes in der Masse lassen muß, erhebt hier auch nichts, da überhaupt mit der Annahme einer Erbschaft Verpflichtungen verbunden sind, und dennoch die Gläubiger die Erbschafts-Entsagungen des Gemeinschuldners anfechten, und überhaupt auf dem Wege des Concurses dessen nöthige Erklärungen suppliren können.

Beim folgenden Rechtsfalle (Nr. 5. S. 56.) kommt wieder das Verhältniß des Chur- und Neu-Märkischen Provinzialrechts zum allgemeinen Landrecht zur Sprache. Es ist hier vom Geh. Ober-Tribunal ausgesprochen, daß die im allg. Landrecht vorgeschriebenen Fristen zur Erklärung über die Antretung einer Erbschaft, oder deren Entsagung, und zur Einreichung eines Inventars, mit gleicher Wirkung bei deren Versäumniß, auf den Nachlaß eines Ehegatten in der Chur- und Neu-Mark keine Anwendung finden, und zwar darum, weil diesem nicht ipso jure die Erbschaft anfalle, sondern er erst noch ein provinzialrechtlich näher bestimmtes Wahlrecht habe. Allerdings scheint das allgemeine Landrecht auf dieses Verhältniß nicht anwendbar zu seyn. — Der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts hat in diesem Rechtsfalle — wo die Wittwe in der für Einreichung des Inventars laufenden Legalfrist nicht das Inventar, sondern eine Erbschafts-Entsagung eingereicht hatte — auch angenommen, die Entsagung der Erbschaft sey auch nach Ablauf der Ueberlegungsfrist so lange gestattet, als die Frist zur Einreichung des Inventars laufe. Wir sind anderer Meinung. Nach überreichtem Inventar kann der Erbe zwar noch die Concurs-Eröffnung veranlassen (A. G. O. I. 51. §. 64. 67. 73. 74. 82.), aber

Digitized by Google

nirgend ist es bestimmt, daß er sich durch eine nachträgliche Entsagung seiner Benefizial-Erben-Qualität, ohne ein Inventar im Lauf der gesetzlichen Frist einzureichen, entschlagen könne. Wenn der Ober-Appellations-Senat aus §. 16. A. E. O. I. 24.: „Wenn nach abgelaufener Ueberlegungsfrist der Erbe der Verlassenschaft ganz entsagt, so ist nach Anweisung der Gesetze (Th. I. Tit. 9. §. 406. 410.), und des Titels vom Concurs-Prozesse zu verfahren," folgert, man müsse doch auch noch nach Ablauf der Ueberlegungsfrist entsagen können, so beweist dies zu viel, indem dann auch die Entsagung noch nach 10 Jahren statt finden mußte, da der §. 16. gar keine Frist dafür bestimmt hat. Das „nach" soll hier offenbar nur eine bis zum Schluß der Ueberlegungsfrist abgegebene Erklärung bedeuten; es ist noch ein Moment denkbar, wo man nicht mehr überlegt, sondern sich bestimmt erklärt, die Erklärung kann unmittelbar nach der Ueberlegungsfrist gleichzeitig im letzten Moment ihres Ablaufs erfolgen, so daß der Erbe die Frist nicht, ohne sich zu erklären, verstreichen lassen, wie §. 421. A. L. R. I. 9. sagt. Aus einem solchen fugitiven Gesetze darf man nicht solche Schlüsse ziehen, wie hier der Ober-Appellations-Senat gethan; die Beziehung auf §. 406. bis 410. A. L. R. I. 9. beweist schon, daß der Gesetzgeber hier nichts Absonderliches, Neues habe verfügen wollen. Der §. 16. ist ganz arglos aus dem §. 10. des Corpus juris Fridericiani P. I. Tit. 24. übernommen; die damalige Deliberationsfrist des gemeinen Rechts war nur die sogenannte der L. 19. C. de jure deliberandi (6. 30.) für die Transmission, mit ihrem

Digitized by Google

Ablauf war der Erbe nicht ipso jure Erbe, sondern dies konnte nur Folge des Ablaufs einer vom Richter auf Andringen der Interessenten bestimmten Deliberationsfrist seyn, dieser Ablauf konnte aber auch die Folge haben, daß der Erbe nicht Erbe wird, wenn nämlich Miterben ihn drängten. Das Corp. jur. Frid. hat also gar nichts über die erst später bestimmte präjudizielle 6wöchige Frist des allg. Landrechts verordnen wollen, aus dem sehr natürlichen Grunde, weil es sie nicht kannte. Die Beibehaltung jener Stelle in der Allg. Gerichts-Ordnung kann nun aber doch gewiß nicht als eine Aufhebung des allg. Landrechts I. 9. §. 421. angesehen werden. — Der zweite Grund des Ober-Appellations-Senats beweist ebenfalls nichts, unmöglich kann aus §. 2. A. G. O. I. folgen, daß der gesetzlichen Ueberlegungsfrist noch die Fristen in den Prozessen hinzukommen, diese Fristen werden als in der größeren Deliberationsfrist enthalten betrachtet, aber nicht dieser zugesetzt. Es ist ganz klar, daß der Gesetzgeber in diesem §. nichts Neues über die Deliberationsfrist bestimmen wollen. Er ist auch aus dem Corp. jur. Frid. P. I. T. 20. §. 2. übernommen.

N. 6. (S. 63.) und N. 7. (S. 70.) behandelt die schon in N. 15. des 111ten Bandes behandelte Frage, ob der Cessionar, wenn der Cedent vertragsmäßig für die Sicherheit der Forderung haftet, diese auch binnen drei Monaten einklagen müsse, um den Regreß zu erhalten. Wir verweisen auf unsere Recension des 111ten Bandes, Jahrgang 1835 S. 278.)

N. 8. (S. 81.) hat es mit Interpretation des

Digitized by Google

Wortes „verhindert“ im §. 605. A. L. R. I. 12. zu thun. Es ist angenommen, nicht blos denjenigen, welcher den Erblasser an der Errichtung seines Testaments durch physischen Zwang verhindert, sondern auch denjenigen, der sich hierzu psychologischen Zwanges (A. L. R. I. 4. §. 31 ff.) bedient habe, treffe der Verlust aller Vortheile aus der gesetzlichen Erbfolge oder aus einem früheren Testamente; dagegen finde der Verlust nicht statt, wenn die Errichtung des Testaments durch Bitten oder durch Betrug verhindert worden, obgleich im letztern Entschädigungs-Ansprüche statt finden.

N. 9. (S. 88.) handelt folgende Fragen des Hinterpommerschen Lehnrechts ab: I. Der ursprüngliche Titel, durch welchen ein Hinterpommersches Lehngut an einen Fremden gekommen, entscheidet darüber, ob den Agnaten das Reluitions- oder das Revocations-Recht zusteht. II. Wiederkäuflich veräußerte Lehne unterliegen nach Ablauf der Wiederkaufsjahre auch dem Reluitions-Rechte. III. Die Ausübung des Reluitions-Rechts ist an keine Frist gebunden. IV. Dieselbe steht jedem Agnaten zu, ohne daß er, dem extraneus gegenüber, nöthig hätte, den Beweis zu führen, daß er der Nächstberechtigte zur Succession sey. V. Wenn ein entfernterer Agnat sein Reluitions-Recht ausübt, so ist der nähere Agnat befugt, sein besseres Recht gegen denselben geltend zu machen. VI. Der reluirende Agnat muß beweisen, daß der Veräußerer und dessen lehnfähige Descendenz verstorben ist.

N. 10. (S. 101.) enthält die nicht unwichtige Entscheidung beider Senate des Ober-Landesgerichts zu

Digitized by Google

Magdeburg und des Geheimen Ober-Tribunals, daß Lehnsgläubiger, welchen die Substanz des Lehnsgutes verhaftet ist, nicht verpflichtet sind, dem Lehnsbesitzer eine Competenz zu bewilligen. Scheinbar stand der §. 351. A. L. R. I. 18. entgegen, aber der Geist des Gesetzes ward richtig im §. 27. Tit. 49. Thl. I. A. G. O. gefunden, da das Leben des zeitigen Vasallen die Rechte der Lehns-Substanz-Gläubiger nicht bedingt, selbe sich auf eine Sequestration nicht zu beschränken brauchen.

In N. 11. (S. 109.) sind unter Aufhebung der Erkenntnisse der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Magdeburg folgende Rechtsfragen entschieden: I. Auch bei Kaufverträgen zwischen Ehegatten bedarf es nach §. 198—200. A. L. R. II. 1. des gerichtlichen Abschlusses und der Zuziehung eines Beistandes der Ehefrau, um die letztere zu verpflichten. Die Ministerial-Rescripte vom 14. Februar und 3. Juni 1834 haben dieselbe Ansicht ausgesprochen. Die Sache bleibt aber doch noch sehr zweifelhaft. Die angeführten §§. standen im ersten Entwurfe des Allg. Landrechts nicht, sind gar nicht schriftlich berathen, kamen erst in den umgearbeiteten Entwurf, wahrscheinlich blos als Consequenzen aus den über die Intercessionen angenommenen Grundsätzen §§. 272. 273., bestimmt, durch Aufstellung eines allgemeinen Satzes Umgehungen jener Grundsätze zu verhüten. Aus §. 9. N. 8. A. G. O. Thl. II. Tit. 1. geht dies fast zuverlässig hervor, und der §. 3. des Anhanges zur Allg. Ger. Ord. läßt es nur bei der gesetzlichen Vorschrift des §. 200. A. L. R. II. 1. bewenden, ohne zu bestimmen, wann eine gerichtliche Verhandlung der Frau

Digitized by Google

mit dem Manne erforderlich. Verfolgen wir die Geschichte dieser Lehre, ihre Entwickelung aus dem gemeinen Rechte, so liegt durchaus kein nöthigender Grund vor, zu einem redlichen Kaufvertrage — selbstredend nicht, was in den einzelnen Fällen zu beurtheilen, nicht zur Umgehung der Intercessions-Grundsätze bestimmt — die gerichtliche Form und Assistenz eines Beistandes zu fordern. Schwerlich würde sonst auch wohl der Gesetzgeber §. 310. 311. Schenkungen unter Eheleuten grade so, wie unter Fremden gültig und widerrufbar erklärt haben. — Das Geheime Ober-Tribunal hat nicht entschieden: II. Ob die Ehefrau den nicht gerichtlich und unter Zuziehung eines Beistandes der Ehefrau vollzogenen Kaufvertrag, auch wenn er bereits erfüllt, wieder aufrufen könne; die Herausgeber scheinen sie Bornemann von Rechtsgeschäften S 293. 294., und Grävell Comm. zu den Creditgesetzen Th. IV. Abth. 2. S. 30. allegirend, zu vernehmen, was inzwischen, wenn einmal jene gerichtliche Form als nothwendig angenommen wird, nur bei Mobilien richtig seyn dürfte. (A. L. R. II. 17. §. 59. I. 5. §. 146. 109.) Das Geh. Ober-Tribunal entschied, wie gesagt, die Frage nicht; sondern nahm III. S. 118. an, im fraglichen Falle sey die Tradition nicht als gehörig geleistet anzusehen; der kaufende Ehemann war zwar schon als Usufructuar im Besitze der gekauften Mobilien, und hatte im Kaufvertrage über die richtig erfolgte Ablieferung quittirt, das Geh. Ober-Tribunal nimmt aber an, nach §. 70. A. L. R. I. 7. sey eine ganz ausdrückliche Erklärung der verkaufenden Frau, dem Ehemann die Rechte des Civilbesitzes zu übertragen, erforderlich gewesen. Allein

uns scheint, daß die im §. 70. erforderte „Erklärung des Willens des bisherigen Besitzers, dem bisherigen Inhaber die Rechte des Besitzers einzuräumen," in der beiderseitigen Erklärung, daß dem Käufer, bisherigen Inhaber, die Sache übergeben, von selbst liege. Die Lehre vom Besitze ist aus dem Leben abstrahirt, wie wenige, man muß hier keine Formalitäten hinein interpretiren, die das Gesetz nach seinem Geiste nicht kennt; in jener Erklärung liegt ja die Ertheilung und die Ausübung der Befugniß des Inhabers, seinen animus zu verändern, was er da — ohne nach §. 69. nicht darf; dem factum tritt hier von selbst der animus hinzu, und es bleibt (§. 123.) kein Besitz für den bisherigen Civilbesitzer übrig. — IV. Endlich hat das Geh. Ober-Tribunal entschieden, das Recht, einen solchen Vertrag als ungültig aufzurufen, stehe auch einem Dritten zu, gegen welchen der Ehemann, sein angebliches Eigenthum ausführen will. Auch diese Ansicht darf bestritten werden, der Vertrag ist nach §. 199. II. 1. offenbar nur ein hinkender, er kann gegen den Willen der Frau nicht aufgehoben werden. — Ueberhaupt bietet der vorligende Rechtsfall ein Beispiel, wie leicht die Verhältnisse des einzelnen Falles auf die Ansicht der Richter wirken könne. Im fraglichen Rechtsfalle war es kaum zu bezweifeln, daß der zwischen Mann und Frau abgeschlossene Kaufvertrag in betrüglicher Absicht zum Nachtheil eines Gläubigers der verkaufenden Frau abgeschlossen war, aus diesem Grunde ist daher auch vorzüglich das aus demselben abgeleitete Eigenthum des Mannes verworfen worden; da inzwischen nicht über die Gründe, sondern blos über den Tenor votirt wird, so sind mehrere Neben-

Digitized by Google

gründe, wahrscheinlich blos einzelner Votanten und Referenten, angeführt worden, über die vielleicht, wenn sie in einem anderen Falle nackt zur Entscheidung gekommen wären, von der Mehrzahl anders entchieden seyn würde. Schon im römischen Rechte warnt man vor dem zu leichten Abstrahiren allgemeiner Grundsätze aus Rescripten über einzelne Fälle. Die Frage über die Angabe der wahrhaft entscheidenden Gründe ist beinahe so wichtig, als die über das Abstimmen. (S. v. Schlieben in der jurist. Zeit. von 1834 N. 23—25.) Seit der großen Ausdehnung der Nichtigkeits-Ursachen durch die Verordnung vom 14. December 1833 ist es doppelt wichtig, daß wenigstens bei den erster und zweiter Instanz Erkenntnissen, nur die Gründe, aus welchen wirklich die Mehrzahl votirt hat, angeführt werden; wie das aber zu machen, wenn kein einzelner Grund eine Mehrzahl für sich hat? wir wissen es nicht.

N. 12. (S. 119.) enthält eine ganz dem Zusammenhange der Gesetze gemäße Entscheidung. Der zweite Senat des Ober-Landesgerichts zu Frankfurt hatte auf den Grund des §. 24 A. L. N. I. 22. eine Verjährung, welche gegen verschiedene Eigenthümer angefangen und vollendet, nicht zugelassen. Das Geh. Ober-Tribunal reformirte, weil die Circular-Verordnung vom 30. Decbr. 1798 Abschnitt II. und der daraus gezogene §. 58. des Anhanges zum A. L. N. I. 22. §. 18. den §. 18. A. L. N. I. 22. und somit auch den damit in Verbindung stehenden §. 24. aufgehoben hat. Diese Controverse, bei welcher Bielitz (Comm. Bd. II. S. 186. Bd. IV. S. 653.) schwankt, und v. Rönne System Bd. I.

Digitized by Google

S. 615. Not. 1. die unrichtige Meinung vertheidigt, wäre also mit fester sicherer Hand für immer entschieden.

N. 13. (S. 131.) ist durch das Fallissement der Zucker-Raffinerie-Gesellschaft F. W. Weddigen und Söhne zu Cöln resp. Minden veranlaßt. Das Haus in Minden hatte auf das in Cöln einen Wechsel gezogen, und da er in Cöln protestirt ward, so entstand zwischen den dritten Besitzern desselben wegen des Einwandes der nicht gezahlten Valuta darüber Streit, ob der Wechsel als trockener oder als gezogener zu betrachten. Crelinger und Gräff in ihrem Wechselrechte S. 159. unterscheiden, ob verschiedene Eigenthümer bei den unter gleicher Firma bestehenden Häusern vorhanden oder nicht, und erklären nur im erstern Falle den Wechsel für einen gezogenen, im zweiten aber für einen trockenen. Der §. 714. A. L. R. II. 8. scheint auch hiemit übereinzustimmen; dennoch ist aber vom Landgerichte in Minden, Ober-Landesgericht in Paderborn (Sen. II.) und Ges. Ober-Tribunal ganz mit Rechte angenommen, daß ein solcher Wechsel unbedingt die rechtlichen Wirkungen eines gezogenen habe, und nur darin eine Ausnahme bestehe, daß der Inhaber eines solchen Wechsels gegen die Regel statt zweier Wechselschuldner nur einen erhält. Aus der Geschichte des Wechselrechts läßt sich nicht erkennen, daß der Dritte nicht beurtheilen kann, ob die Inhaber beider Firmen wirklich völlig dieselben Eigenthümer seyn; solche Erörterungen gehören nicht zu dem vorliegenden Literal-Contracte, die beiden Handlungs-Etablissements stehen sich wirklich als besondere selbstständige Handlungen gegenüber, es sind rechtliche Fictionen, die schon wegen der an den

Digitized by Google

verschiedenen Orten, wo die Häuser und das Vermögen sind, verschiedenen Gesetzgebung nicht ohne wesentliche Wirkungen sind.

Nach N. 14. (S. 138.) ist vom Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts — ein Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts zu Brandenburg reformirend — sowie vom Geheimen Ober-Tribunal erkannt, daß der Wechselschuldner ungeachtet der allgemeinen Bestimmung A. L. R. II. 8. §. 903. dem Einwande der Wechsel-Verjährung rechtsgültig — versteht sich mit gerichtlicher Verlautbarung nach §. 566. A. L. R. I. 9. — entsagen könne, und daß die Prolongation eines trockenen Wechsels nicht als eine Novation anzusehen, indem dadurch ja nur die Zahlungszeit abgeändert wird, was nach A. L. R. I 16. §. 453. keine Novation in sich schließt.

In N. 15. (S. 142.) ward unter Aufhebung eines Erkenntnisses des Land- und Stadtgerichts zu Horstmar vom zweiten Senat des Ober-Landesgerichts zu Münster und vom Geh. Ober-Tribunal I. angenommen, daß nach Cap. VII. der Münsterischen Polizei-Ordnung (cf. Welter Münst. eheliche Gütergemeinschaft §. 25. S. 80., §. 38. S. 108 ff., §. 39. S. 116 ff.) der überlebende Ehegatte, wenn der Verstorbene Kinder hinterläßt, an dem alsdann vorhandenen Vermögen bis zu seiner Wiederverheirathung, ein unbeschränktes Recht zur Verfügung erhält, dergestalt, daß er selbst die von dem Verstorbenen eingebrachten Immobilien ohne Beitritt seiner Kinder oder deren Vor- und Ober-Vormundschaft gültig veräußern kann. II. Sodann, daß die Bestimmung des §. 29. des 15ten Gesetzes vom 21. April 1825, daß zu allen Zer-

Digitized by Google

stücklungen solcher Grundstücke, auf welchen noch irgend eine bäuerliche Leistung haftet, die Einwilligung des Berechtigten nöthig, und dieser sie in jedem Falle zu versorgen befugt sey, die ohne Einwilligung des Berechtigten erfolgte theilweise Veräußerung eines solchen Grundstücks noch nicht in Beziehung auf den Verkäufer nichtig macht, sondern nur dem Berechtigten die Befugniß gibt, den Kauf, als für ihn nicht rechtsverbindlich, anzufechten.

N. 16. (S. 149.) behandelt die vom Geheimen Ober-Tribunal verneinte Frage, ob den sogenannten rittermäßigen Scholtiseien in Schlesien, als Rustical-Grundstücken, ohne Verleihung oder speziellen Erwerb, die Jagdgerechtigkeit, oder ein anderes besonderes Vorrecht der Rittergüter zustehe, zumal wenn sich dasselbe nicht auf die Contributions-Verfassung bezieht. Diese sogenannten rittermäßigen Scholtiseien werden nämlich ihrem Ursprunge nach als Bauerngüter angesehen, denen der Beinamen „rittermäßig“ blos deßwegen beigelegt worden, weil ihnen vorzüglich im Contributionswesen einige Freiheiten beigelegt worden. Wenigstens ist die Sache in Folge eines Edicts vom 20. Dez. 1754 wegen der Incolat-Gewinnung so angesehen worden, obgleich sich nicht läugnen läßt, daß die Güter in so manchen anderen wichtigen Stücken, Landstandschaft, Kreisstandschaft, Pfandbriefssystem, den Rittergütern gleich stehen, daß das ihnen Mangelnde nur als unwesentlich zu betrachten, und daher wohl die Regel für die Freiheiten der Rittergüter aufzustellen. Es ist Sache der Schlesischen Juristen, nachzuforschen, was rücksichtlich der Jagd der Scholtiseien die

Digitized by Google

Regel gewesen, um darnach feststellen zu können, ob für sie zu vermuthen, ob in dieser Beziehung den Scholtiseien die Privilegien der Rittergüter beizulegen.

Die Frage: Findet die gesetzliche Vermuthung, daß Kinder, die während einer Ehe erzeugt oder geboren worden, von dem Manne erzeugt sind, auch bei einem Kinde statt, welches zwar in der Ehe, aber vor dem 210ten Tage nach eingegangener Ehe, geboren wird? war bekanntlich schon früher vom Geh. Ober-Tribunal bejaht (Paalzow Handbuch für pract. Rechtsgel. Band II. S. 171—175.), im zweiten Bande der Rechtssprüche S. 443. vom zweiten Senat des Ober-Landesgerichts zu Stettin verneint, darauf von Wünsch in Simon und von Strampff's Zeitschrift Bd. I. S. 397 ff. aus den Materialien die Nothwendigkeit ihrer Bejahung nachgewiesen werden. In N. 17. (S. 159.) bleibt das Geh. Ober-Tribunal bei seiner früheren Ansicht. Es ist auch nicht darüber wegzukommen, obgleich im §. 2. A. L. R. II. 2. der Ausdruck: „ehelich beigewohnt," allerdings ungenau ist. De lege ferenda ist die Frage sehr zweifelhaft; das Gewöhnlichere ist doch wohl, daß die Ehemänner in der unendlichen Hitze des Brautstandes anticipirt haben, und danach dürfte sich dann doch wohl die Rechtsvermuthung stellen müssen.

In N. 18. (S. 166.) ist eine anziehende Rechtsfrage entschieden. Der Instructions-Senat des Kammergerichts und das Geheime Ober-Tribunal haben angenommen, der Staat könne, wenn er unter zweien bisher von ihm unterhaltenen, nach einem Orte — hier von

Digitized by Google

Berlin nach Stettin — führenden Landstraßen die eine chaussire, darum die andere mit Aufhebung des Wegzolls nicht mit dem Erfolge derelinquiren, daß nunmehr die zur Unterhaltung von Gemeindewegen Verpflichteten sie unterhalten müssen, sondern müsse sie fortwährend unterhalten. Der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts war aber anderer Meinung, und wie uns scheint, mit vollem Rechte. Der Staat ist nur „gegen den Genuß der ihm von den Landstraßen zukommenden Nutzungen“ für deren Unterhaltung zu sorgen verpflichtet. (A. L. R. II. 15. §. 11.) Nirgend ist ihm untersagt, sein Eigenthum, denn das sind solche Landstraßen, zu derelinquiren, das Gegentheil folgt vielmehr zum Ueberfluß aus §. 4. II. 15. Der Staat ist nicht schuldig, Gemeindewege zu unterhalten. Daß die Gemeinden eine solche derelinquirte Landstraße, wenn sie als Gemeindeweg unentbehrlich ist — was nicht immer nothwendig der Fall seyn wird — nun als solchen unterhalten müssen, ist nur eine zufällige Folge jener Dereliction, nicht aber sollen die Gemeinden nun eine Pflicht des Staats übernehmen, die Gemeinden unterhalten keine Landstraßen, und der Staat keine Gemeindewege. Die Staats-Polizeibehörde, welche zur Unterhaltung der Gemeindewege anhält, ist keineswegs, wie S. 181. vom Geheimen Ober-Tribunal geschehen, mit dem Regalitäts-Fiskus zu verwechseln, der sein Eigenthum aufgibt und dadurch der das Eigenthum bedingt gewesenen Verpflichtungen ledig wird. — Im Westen der Monarchie möchte es schwerlich noch Jemand eingefallen seyn, gegen den Staat einen solchen Anspruch aufzustellen, der, als Grundsatz durch-

Digitized by Google

geführt, der zweckmäßigen Anlegung neuer Kunststraßen große Hindernisse in den Weg legen würde.

In N. 19. (S. 132.) ist vom 1sten Senate des Ober-Landesgerichts zu Breslau und vom Geh. Obere Tribunal, unter Reformation des Erkenntnisses des 2ten Breslauer Senats, entschieden, daß die durch den §. 30. des Edicts über Einführung einer allgemeinen Gewerbsteuer vom 2. Nov. 1810 aufgehobenen Branntwein-Cessions-Abgaben dadurch wieder aufgelebt, daß das Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811 §. 52. 53. alle vor dem Edicte vom 2. November 1810 zum Branntweinbrennen nicht Berechtigte, deren Gut nach landrechtlicher Taxe keinen Werth von 15000 Thlr. hat, vom Branntweinbrennen ausgeschlossen hat. Da inzwischen das Gesetz vom 7. Sept. 1811 die einmal am 2. November 1810 peremtorisch aufgehobenen Abgaben nicht hergestellt hat, und durch Zulassen der größeren Güter zum Branntweinbrennen die früheren Vortheile des Concessionars doch wesentlich beschränkt sind, so dürfte doch wohl auf eine den Gerichten nicht zustehenden Weise dem Gesetze nachgeholfen seyn, somit die zweite Entscheidung vorzuziehen seyn.

In N. 20. (S. 195.) ist eine Anwendung des §. 178. N. 1. 2. und §. 180. A. L. R. I. 16. enthalten: „Die Aecker- und Wiesenbesitzer einer Vorstadt in Schlesien hatten bei der Liquidation ihrer Kriegsschäden in Folge des Edicts vom 3. Juni 1814 die (§. 6.) von der Vergütung ausgeschlossenen Verluste durch Fouragiren und sonstige eigenmächtige Wegnahme als gesetzlich zu vergütende förmlich requirirte Gegenstände dar-

Digitized by Google

gestellt, und auf diese Weise eine ihnen nicht zustehende Vergütung von 35966 Thlr. 14 gGr. 3 Pf. erlangt. Als der betrogene Fiskus die Condictio indebiti anstellte, wurde er vom 1sten Senat des Ober-Landesgerichts zu Breslau ganz abgewiesen, von 2ten nur gegen die vier Interessenten die Klage zugelassen, von denen allein erwiesen war, daß sie, Namens Aller, den Fiskus in Irrthum versetzt hatten. Letzteres Erkenntniß ward vom Geh. Ober-Tribunal bestätigt. Es wurde angenommen, da das Edict vom 3. Juni 1814 selbst beklage, daß eine Ausgleichung aller Kriegsschäden wegen Mangel an Fonds nicht möglich, und einzelnen Orten, die durch Plünderung ganz besonders gelitten, eine außerordentliche Aushülfe versprochen, so sey das Daseyn einer moralischen Verbindlichkeit des Staats anerkannt. Und da den durch Plünderung und Erpressung Beschädigten an sich selbst ein Schadens-Ersatz gebühre, wenn auch nicht gegen den Staat, doch gegen den Feind, der sich gewaltsame Maaßregeln gegen friedliche Einwohner erlaube, so haben die Empfänger immerhin nicht ohne alles Recht Vortheile bezogen. — Es dürften aber auch andere Ansichten möglich gewesen seyn. Einen Erpressungs-Kriegsschaden zu zahlen war gar nicht beabsichtigt, die gezahlte Forderung existirte gar nicht, weder moralisch noch juridisch. Die Aufrechnung einer solchen irrigen Zahlung auf eine ganz andere nur moralische Verbindlichkeit Dritter dürfte Manches gegen sich haben. Das moralische Recht der durch Erpressung Beschädigten gegen den Staat bestand nur in der Ausgleichung, nicht in der Zahlung des Verlustes, und indem ihnen dieser gezahlt ward, und sie zu dem

Digitized by Google

gleichartigen Verlusten Anderer, deren Vergütung durch das Gesetz ausgeschlossen, nicht beitragen, erlangten sie allerdings einen Vortheil, zu dem sie gar kein Recht hatten. — Nach der richtigen Exegese der §§. 180. und 185. von Schweikart in Bobriks u. Jacobsons Zeitschrift für Theorie und Praxis des Preußischen Rechts Bd. I. Heft 1. S. 145 ff. würde die Condiction zuzulassen gewesen seyn, da der Staat nicht in der Absicht zahlte, um einen anderen Schuldner zu liberiren.

In N. 21. (S. 201.) wird vom Geh. Ober-Tribunal I. entschieden, daß keineswegs nach der revidirten Schlesischen Bergordnung vom 5. Juni 1769 Cap. I. §. 2. die Gutsherrschaften (Dominia) als solche berechtigt seyen, Sand- und Schiefersteine auf dem Grund und Boden der Rusticalbesitzer zu brechen oder dafür von letzteren eine Abgabe zu fordern. Der Umstand, daß die Bergordnung den Ausdruck: Dominien überhaupt in der Bedeutung von Gutseigenthümern gebraucht hatte, war Veranlassung des Streits. Da II. die Gutsherrschaft behauptet hatte, daß sie das Recht zu einer Abgabe von jedem Klafter der auf dem Eigenthum des betreffenden Rustikalbesitzers gebrochenen Sandsteine durch Verjährung erworben, so ward zugleich vom 2ten Senat des Ober-Landesgericht zu Breslau und vom Geh. Ober-Tribunal entschieden, daß eine solche Verjährung nach §. 649. 650. A. L. R. I. 9. die vierzigjährige seyn müsse, weil, wenn man auch annehmen wollte, daß der Rustikalbesitzer auf seinem Grund und Boden fortwährend Sandsteine und Schiefersteine brechen könnte, das von der Gutsherrschaft prätendirte Recht der Abgabe durch nur

Digitized by Google

dann eintrete, wenn der Rustikalbesitzer dergleichen Steine wirklich breche, das fragliche Recht also nur bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden könne.

N. 22. (S. 210.) verhandelt verschiedene Bedenken über die Provocation unbekannter Legatarien, wer dazu legitimirt sey, welche Fristen, und welche Rechtsmittel zulässig. Die Ansichten des Stadtgerichts zu Stettin, des dortigen Ober-Landesgerichts, des Geheimen Ober-Tribunals, und endlich des Justiz-Ministeriums, sind alle verschieden, und hier keines Auszugs fähig. Wahrscheinlich wird besonders die Frage, ob nach der Declaration vom 29. März 1829 im Falle, daß der Erbe oder ein dem Legate bestellter Curator provozirt — im Gegensatz gegen den Fall, wo anerkannte Legatarien ihre Collegatarien provoziren — die Fristen für die Ladung Verschollener zum Zwecke der Todeserklärung, oder nur die dreimonatliche der §§. 149. 112. A. G. O. I. 51. erforderlich, zu einer authentischen Declaration führen.

N. 23. Ein Dichter hatte ein nach dem Französischen bearbeitetes dramatisches Stück, ohne solches dem Druck zu übergeben, zwei Theatern behufs der Ausführung verkauft. Ein anderer Theaterdirector ersuchte den Dichter, ihm seine Bearbeitung mitzutheilen und das dafür zu entrichtende Honorar zu bestimmen. Als der Dichter dies Verlangen ablehnte, verschaffte sich der Theaterdirector von einer der Theaterdirectionen, die das Manuscript gekauft hatten, eine Abschrift desselben, indem er bemerkte, daß er sich mit dem Verfasser wegen des Honorars einigen werde. Es kam nun zum Rechtsstreit, der Dichter verlangte vom Theaterdirector Herausgabe der Abschrift,

Digitized by Google

Verbot der ferneren Aufführung und Ersatz der Theater-Einnahme nach Abzug der Kosten. In den beiden ersten Instanzen wurde Kläger abgewiesen, das Geheime Ober-Tribunal nahm aber an, daß hier nach §. 49. der Einleitung zum allgemeinen Landrecht eine Analogie von den Bestimmungen über Nachdruck statthaft sey. Dem Verklagten ward daher die fernere Aufführung untersagt, seine Rechte zur Aufführung jedoch für den Fall vorbehalten, daß Kläger dasselbe durch den Druck veröffentlichen sollte, und der Anspruch auf Ersatz des durch die bereits erfolgte Darstellung entstandenen Schadens zur besondern Aufführung vorbehalten, indem angenommen ward, daß dieser Schaden nicht gerade in der Tages-Einnahme bestehe, da die Darstellung keineswegs allein das Product des Schriftstellers sey. — Als ein guter Prätor hat hier das Geheime Ober-Tribunal dem Rechte nachgeholfen.

N. 24. enthält die auf Veranlassung des Herrn Justiz-Ministers v. Kamptz mitgetheilten Entscheidungsgründe des Geheimen Ober-Tribunals zu dem Band 3. N. 11. S. 131 ff. gegebenen Rechtsfalle über die Stimmenzählung bei der Concurrenz mehrerer Compatrone.

In N. 25. kommt ein Fall vor, wo ein Kläger, der aus einem an sich richtigen Fundamente geklagt, seine zur Instruction gezogene Klage aber nicht gehörig substanziirt hatte, angebrachter Maaßen abgewiesen war. Das Geheime Ober-Tribunal entscheidet, daß dies nicht zulässig, sondern nur Veranlassung gewesen, die Instruction, der mangelhaften Klage ungeachtet, allenfalls in contumaciam zu vervollständigen. Dagegen hat

Digitized by Google

das Geheime Ober-Tribunal die gegen das Erkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, weil hier keine materielle, sondern eine reine Prozeß-Vorschrift verletzt worden, welche nicht zu denen gehöre, deren Verletzung nach §. 5. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 die Nichtigkeit des Erkenntnisses nach sich ziehe. Es sey nur eine interlocutorische Verfügung in der allerdings nicht passenden Form eines Erkenntnisses erlassen, ein materielles Recht aber dem Kläger nicht abgesprochen. Die Entscheidung ist wichtig, da sonst, wenn man die Verletzung anderer als der im §. 5. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 genannten Prozeßvorschriften als Nichtigkeitsgründe zuließe, gar keine Grenze mehr zwischen mehr oder minder wichtigen Prozeß-Vorschriften seyn würde.

Im Falle N. 26. (S. 255.) war der Appellant im Termine zur nähern Vernehmung über neue Thatsachen ausgeblieben, und hatte später durch einen Justiz-Commissar einen Appellationsbericht einreichen lassen, das Ober-Landesgericht zu Breslau aber eine Präclusion des Appellanten mit den novis angenommen, und dabei bemerkt, daß solche unerheblich seyen, weil nach dem vorliegenden schriftlichen Vertrage die Verbindlichkeit des Klägers zu beurtheilen. Es ward hiegegen die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, weil gegen den klaren Inhalt der Acten erkannt sey, indem die im Appellationsberichte enthaltenen, mit Angabe der Beweismittel unterstützten eine entgegengesetzte Entscheidung begründende Thatsachen in den Urtheilsgründen gar nicht erwähnt werden. Das Geheime Ober-Tribunal verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde,

Digitized by Google

weil die Anwendung des §. 5. N. 10a. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 im streng wörtlichen Sinne auf vorliegenden Fall nicht statt finde, indem die Thatsachen in den Entscheidungsgründen des zweiten Richters nicht geradehin übergangen, sondern im Allgemeinen, ohne sich auf jede einzelne einzulassen, ausgesprochen worden, daß sie unerheblich seyen. Jedenfalls erscheine die Beschwerde als nicht gerechtfertigt, weil die von ihm angegebenen Thatsachen nicht im Stande seyen, eine der ausgesprochenen, entgegengesetzte Entscheidung zu begründen.

In N. 27. (S. 259.) ist entschieden: I. Die Vorschriften des Abschnitts 11. Tit. 8. Thl. II. des Allg. L. R. von Rhedern, Schiffern und Befrachtern, sind auch auf Stromschiffe anzuwenden. II. Der Rheder haftet in Gemäßheit des §. 1525. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. für die vom Schiffer, während der Reise, wegen des ihm untergebenen Schiffes eingegangenen Verbindlichkeiten, auch dann, wenn

a) der Schiffs-Eigenthümer auf dem Schiffe mit anwesend ist,

b) der Schiffer nicht als solcher, sondern als angeblicher Schiffs-Eigenthümer sich verpflichtet.

In N. 28. (S. 265.) ist vom Geheimen Ober-Tribunal als Nichtigkeits-Instanz entschieden, ein Vertrag, wodurch die Freiheit eines Contrahenten in der Annahme von Arbeitern beschränkt werde, sey nicht ein — unter die Cabinets-Ordre vom 19. April 1813 fallender — die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränkender oder hindernder Vertrag, weil die durch den Vertrag aufge-

Digitized by Google

gebene Freiheit, Arbeiter anzunehmen, nicht durch dies Gewerbesteuer-Gesetz vom 2. November 1810 oder das Gesetz vom 7. September 1811, sondern unabhängig von derselben begründet. Zwei Knopf-Fabrikanten hatten sich nämlich unter Conventional-Strafe verpflichtet, keinen Arbeiter in ihren Dienst zu nehmen, der in dem Dienst des Andern gestanden hätte. Die durch das Gesetz hergestellte Gewerbefreiheit hat also größern Schutz, als die nie aufgehoben gewesene! —

N. 29. (S. 267.) Wer in dem Großherzogthum Posen, dem Culm- und Michelauschen Kreise und der Stadt Thorn sein nach der Auflösung der Preußischen Behörden, von den Gerichten oder Hypotheken-Conservatoren des Herzogthums Warschau in die damaligen Hypothekenregister eingetragenes Hypothekenrecht bis zum 1. Juni 1819 zur Eintragung in die Preußischen Hypothekenbücher nicht angemeldet hat, verliert seinen Anspruch gegen das Gut, welches der dritte Besitzer zwar vor dem 1. Juni 1819 erkauft, aber erst nach diesem Tage übergeben erhalten hat, selbst dann, wenn dem Käufer dieser Anspruch bei dem Kaufe des Grundstücks bekannt gewesen ist.

N. 30. (S. 273.) liefert eine Entscheidung des Instruct. Senats und Ober-Appell. Senats des Kammergerichts und des Geheimen Ober-Tribunals, daß ein im Besitz der lehnsherrlichen Rechte sich befindender Familien-Senior, im Mangel ausdrücklicher Bestimmungen im Lehnsvertrage, nicht berechtigt sey, rückständige Lehnware und Lehnsgebühr für Veränderungen zu fordern, die sich vor der Zeit seines Seniorats ereignet haben, dergleichen Rück-

Digitized by Google

stände vielmehr den Allodialerben der zur Zeit der Veränderungen vorhandenen Senioren gebühren, nach den Grundsätzen vom Nießbrauch allerdings sehr klar.

In N. 31. (S. 279.) ist wieder, wie N. 24. Bd. III., vom Geheimen Ober-Tribunal mit Reformation zweier Erkenntnisse der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Breslau entschieden, daß eine Ehefrau, die sich mit ihrem Ehemann als Selbst- oder Mitschuldnerin verpflichtet hat, nicht als Bürgin hafte, wenn sie nicht, wie bei der Uebernahme einer Bürgschaft, gerichtlich certiorirt worden. Die praxis für diese Frage scheint also konstant zu werden.

In N. 32. (S. 284.) hat das Geheime Ober-Tribunal unter Reformation zweier Erkenntnisse der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Magdeburg die höchst merkwürdige Entscheidung erlassen, daß ein Gläubiger, welcher ein Kapital und Verzugszinsen davon zu fordern hat, die ihm von seinem Schuldner geleistete Zahlung zuvörderst auf das Capital verrechnen müsse. Und zwar darum, weil die Vorschrift des §. 153. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. nur bei vorbedungenen Zinsen zur Anwendung komme, denn diese Vorschrift spreche ausdrücklich von den zur Zeit der geleisteten Abzahlung „verfallenen" Zinsen, Zinsen können aber nur da als verfallen gedacht werden, wo sie besonders verabredet worden, der Tag der Zahlung eingetreten, letztere aber unterblieben. Mit dieser Entscheidung werden gewiß sehr Viele sich nicht einverstanden erklären. Auch Verzugszinsen werden jedes Jahr fällig, verfallen, und es läßt sich gar nicht einsehen, warum man die allgemeine Bestimmung des §. 153. Tit. 15. auf vorbedungene Zinsen

Digitized by Google

beschränken solle. Die Meinung des Geheimen Ober-Tribunals ist in der That ganz neu. S. die Widerlegung S. 62 ff. dieses Jahrgangs des Archivs.

In N. 33. (S. 287) ist vom Instruct. Senat und Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts und vom Geheimen Ober-Tribunal entschieden, daß 1. das Berliner Polizei-Präsidium Namens der Berliner Stadt gemeine zur Anstellung einer Klage auf Gestattung des ungehinderten Gebrauchs eines durch ein Berliner Grundstück führenden Communicationsweges legitimirt sey, daß der §. 10. A. L. R. II. 17. sowohl als die besonderen Berliner Polizei-Reglements ihm ein solches Recht geben; 2. daß das Publikum eines Orts nicht als eine moralische Person und als ein Subject von Rechten anzusehen, mithin auch unfähig sey, ein öffentliches Durchgangsrecht durch Verjährung zu erwerben; 3. daß eine Gemeine nur durch die Mehrheit ihrer Mitglieder, oder durch gehörig bestellte Repräsentanten den Besitz von Rechten oder Sachen, mithin auch den eines öffentlichen Durchgangsrechts erwerben könne. — Bei dieser Entscheidung N. 2. sieht man recht, daß uns die römischen Ansichten über ein Mittelglied zwischen Gemeinde- und Privatrechten, über die öffentlichen Rechte eines Ortes, die Jeder aus dem Volke durch Interdikte verfolgt, fehlen. Inzwischen läßt sich doch aus verschiedenen Stellen (z. B. A. L. R. I. 8. §. 38. 56. 71. 74.) ein Rechtsverhältniß des Publikums, und aus anderen eine Incidents-Communion wahrscheinlich machen. Fast alle öffentliche Fußpfade, Feldwege kann man ja nur auf solche Weise schützen. — Die Entscheidung ad 3. gründet sich auf die gesetzlichen

Digitized by Google

Bestimmungen (A. L. R. I. 7. §. 26. 32. 34.) über den nach dem Animus der Repräsentanten oder der Mehrheit der Bürger zu beurtheilenden guten oder bösen Glauben, und führt consequent zur Aufhebung fast aller solcher durch Verjährung erlangter Rechte. Denn selten läßt sich überhaupt eine Besitz-Ergreifung durch die absichtlich sich zu solchem Ende versammelnden Repräsentanten oder die Mehrheit einer Gemeinde nachweisen, der Besitz erscheint vielmehr in der Regel späterhin als allgemein bekannter, von jedem Gliede nach Willkühr benutzter, öffentlicher Zustand, bei dem man nicht erst ängstlich nach dem Compendium zu erforschen braucht, ob er entstanden ist, da er ja schon wirklich lange anerkannt da ist. Unsere Juristen beweisen hier nur zu oft, daß ihnen die richtige Anschauung des Lebens, aus dem ja doch die Gesetze hervorgegangen, über zu vielem — oder auch zu wenigem — Studieren entschwunden. Grade die Lehre vom Besitz ist so recht mitten aus dem Leben herausgerissen, und kann nur mit einem klaren Blick des Leben, mit dem dadurch vermittelten wahren juristischen Takt, richtig aufgefaßt werden. Die hier vorliegende Frage ist in anderem Sinne, als in dieser Nummer der Rechtssprüche, ist auf sehr bündige Weise in dem Erkenntniß entschieden, was in der juristischen Zeitung von 1836 S. 466. mitgetheilt ist, ein Erkenntniß, welches ein wahres Muster richtiger Gesetz-Interpretation ist. (S. übrigens auch die Materialien über Gewahrsam, Besitz und Verjährung von Simon u. v. Strampff. S. 609. 639. 640.)

N. 34. (S. 299.) enthält die zwei Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals: 1. Die Nichtigkeitsbeschwerde

Digitized by Google

wird nicht begründet durch die Verletzung von Proceß-Vorschriften über die Wirkungen derjenigen Beweismittel, welchen nach den Gesetzen die Beweiskraft nicht völlig mangelt. II. Zur Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde gehört wesentlich die bestimmte Angabe des Gesetzes, dessen Nichtbeachtung oder unrichtige Anwendung behauptet wird.

N. 35. (S. 303.) ist die Frage wieder entschieden, welchem von mehreren, seit der Aufhebung des Mühlenzwanges durch das Edict vom 28. October 1810 bis zur Feststellung der vom Staate dafür zugesicherten Entschädigung auf einander folgenden Besitzern einer zum Mühlenzwang früher berechtigten Mühle gebührt, in Ermangelung von Vertragsbestimmungen die Entschädigung gebühre. Nach dem 3ten Bande der Rechtssprüche N. 19. war vom Geheimen Ober-Tribunal entschieden, daß die Entschädigung jedem Besitzer für die Zeit seines Besitzes gebühre. Wir haben bereits bei Recension dieses 3ten Bandes (im II. Jahrgange des Archivs S. 419. 420.) uns für die entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich dem Besitzer zur Zeit der Aufhebung des Mühlenzwanges die Entschädigung gebühre, ausgesprochen. Jetzt hat auch das Geheime Ober-Tribunal am 26. Januar 1834 diesem Besitzer die Entschädigung zuerkannt, und die Frage scheint also nun für immer festgestellt.

Im Rechtsfall N. 36. (S. 325.) war der Versuch gemacht, aus dem Anhangs-Paragraphen 52. des allg. Landrechts auch persönliche Rechte abzuleiten. Dem Grafen Moriz zu Lynar waren verschiedene subhastirte Güter adjudicirt, und im Urtel ein Kapital von 10000 Thlr.,

Digitized by Google

dem Liepmann zustehend, auf Anrechnung des Kaufpreises überwiesen, welcher, Graf Lynar, auch mit dem Gläubiger Liepmann die Vereinigung, daß das Kapital vorläufig nicht abgetragen werden, sondern auf den Gütern hypothekarisch versichert bleiben sollte, getroffen, also sich mit dem Gläubiger in persönliche Beziehung gesetzt hatte. Graf Lynar verkaufte die Güter weiter an einen v. Dorville, welcher ebenfalls die noch nicht berichtigten 10000 Thlr. in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, solche auch wirklich dem Cessionar des Liepmann gegen Quittung und jura cessa zahlte. von Dorville räumte zwei anderen Kapitalien die Priorität ein, und cedirte demnächst das Kapital der 10000 Thlr. weiter. Da dieses später ausfiel, so klagte der letzte Eigenthümer desselben gegen den Erben des Grafen Moriz zu Lynar, vermeinend, die persönliche Schuld bestehe noch auf den Grund jenes Anhangs-Paragraphen. Es wurde inzwischen von den beiden Senaten des Oberlandesgerichts zu Frankfurt anerkannt, daß die persönliche Schuld durch die erfolgte Zahlung erloschen, die spätere Cession der bezahlten Schuld durch den Zahlenden nur eine Novation unterstelle — oder, wie von der Hagen sagen würde, der Cedent als Constituent erscheine — daher die einmal durch Zahlung getilgte Verbindlichkeit des v. Lynar durch spätere Cessionen der, ohnedem wesentlich veränderten, Hypothekenstelle nicht wieder habe aufleben können. Das Geheime Ober-Tribunal mochte nun aber diese schwierige Scheidung der Hypothekenstelle vor der Hypothekenforderung nicht grade billigen, wies aber den Kläger auch ab, und zwar aus dem Grunde,

Digitized by Google

weil im Augenblick, wo v. Dorville die Cession der 10000 Thlr. vorgenommen, auch seine Verbindlichkeit gegen den Grafen zu Lynar als Verkäufer wieder aufgelebt, diesem persönlich dafür aufzukommen, daß derselbe wegen jener 10000 Thlr., die er, v. Dorville, als Schuldner übernommen, nicht in Anspruch genommen werde, weßhalb dann die Cessionare nur ein also beschränktes Recht erwerben konnten.

In N. 37. (S. 337.) sind die zwei Rechtsfragen entschieden: I. Haften von mehreren Miterben Diejenigen, welche Erben ohne Vorbehalt geworden sind, schon deßhalb solidarisch für eine Erbschaftsschuld? II. Ist auf die Solidarität ihrer Verpflichtung die Theilung des Nachlasses von Einfluß? — Der erste Senat des Ober-Landesgerichts zu Stettin verurtheilte hier die Verklagten, weil einer von ihnen die wenigen vorhandenen Nachlaß-Effekten an sich genommen, was so gut wie eine Theilung sey. Der zweite Senat wies diesen zu spät vorgebrachten Klaggrund zum besonderen Verfahren, das Geh. Ober-Tribunal endschied endlich am 5. Januar 1835 für die Solidarhaftbarkeit auf Grund der unterlassenen Inventarslegung aus dem vom Arnsberger Ober-Landesgericht im Archiv Jahrgang I. S. 553 ff. entwickelten Gründen, und weil die mit Bewilligung der übrigen Erben erfolgte Hinwegnahme der hinterlassenen Sachen von Seiten des zweiten Beklagten einer Theilung in der Wirkung ganz gleich zu achten sey.

In N. 38. (S. 349.) ist auf den Grund von §. 687. 684. A. L. R. II. 1. entschieden: Ein Ehemann, dessen Frau sich eigenmächtig und ohne rechtmäßigen

Digitized by Google

Grund von ihm getrennt hat, und bei ihrer Rückkehr ihren inzwischen unbescholtenen Lebenswandel nicht nachweis't, ist zwar berechtigt, auf Scheidung zu klagen, macht er aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, und verweigert dennoch die Wiederaufnahme, so ist diese Weigerung ein Ehescheidungsgrund für die Ehefrau. — Also geschieden muß auf alle Fälle werden! Unsere Ehegesetzgebung und die ihr folgende Rechtsprechung ist doch wirklich sehr auflösender Natur! (s. Jahrg. II. S. 700).

In N. 39. (S. 359.) sind folgende Entscheidungen enthalten: I. Wenn Jemanden das Recht auf Lagerholz bewilligt ist, so ruht dieses Recht, so lange kein Lagerholz vorhanden ist. II. Die Berechtigung zu Raffholz ist die nämliche, wie die zum Raff- und Leseholz. III. Sofern in einem Erbpacht-Contracte dem Erbpachter freies Raff- und Leseholz verstattet wird, so wird ihm dadurch nicht unbedingt hinlängliches Raff- und Leseholz zugesichert, vielmehr kann der Erbpachter blos in dem einzigen Falle, wenn der Waldbesitzer in der Benutzung des Waldes solche Anstalten und Vorkehrungen gemacht hat, daß dadurch dem Raff- und Leseholz-Berechtigten die Ausübung seines Rechts vereitelt worden, eine Entschädigung fordern, und zwar in stehendem Holze zu seiner Nothdurft so lange, bis der Mangel an Raff- und Leseholz aufhört. IV. Zu solchen Vorkehrungen gehört nicht die zahlreiche Zulassung temporärer Heidemiether.

Die Entscheidung in N. 40. darf nicht ohne Widerspruch bleiben. Der Tischlermeister Johann Samuel Engel in Berlin — der keine gewisse bekannt gemachte Firma (S. 777. A. L. R. II. 8.) führte — hatte Wechsel mit

Digitized by Google

der Unterschrift: „J. S. Engel" ausgestellt, und diesen hat das Geheime Ober-Tribunal, zwei Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Potsdam und des Ober-Appellations-Senats des Kammergerichts reformirend, die Wechselkraft abgesprochen, weil der Vorname nicht ausgeschrieben, und zwar auf Grund des §. 778. A. L. R. II. 8. Der abgekürzt geschriebene Vorname ist wirklich ein Vorname, und dies muß nach der aus dem Schlusse des §. 778. hervorgehenden Intention gnügen, wenn im einzelnen Falle keine Verwechselung möglich ist. Grävell und Bielitz nehmen dies auch an, während Erelinger und Gräff der Meinung des Ober-Tribunals sind.

Nach N. 41. (S. 380.) war in der Chur-Mark während der Verhandlungen über Aufhebung des bisher bestandenen Dienstverhältnisses und der Verleihung des Eigenthums des Hofes auf den Grund des Edikts vom 14. September 1811 und dessen Declaration vom 29. Mai 1816, der bäuerliche Wirth verstorben, und hatte Erben, welche nach den Provinzialgesetzen und A. L. R. I. 21. §. 642—644. zur Erbfolge in das lassitische Gut nicht gelangt seyn würden, hinterlassen, und der Gutsherr wollte nun den Hof einziehen. Er siegte bei der General-Commission und beim Revisions-Collegium der Chur-Mark Brandenburg, das Geheime Ober-Tribunal erkannte aber zu Gunsten der gewöhnlichen Erben, mit Recht annehmend, daß der §. 2. des Edicts vom 14. Sept. 1811 nur von der „erblichen Nachfolge," also von dem Verhältnisse der Erben unter sich handele, und durch den Schluß des §. 2. der Rückfall an die Herrschaft ausgeschlossen werde. — Auch bei uns

Digitized by Google

in Westphalen dürften sich, wenn der Colon während der Verhandlungen über die anerbotene Ablösung des Heimfalls stirbt, hier Analogien darbieten.

In N. 42. (S. 397.) sind mehrere Fragen wegen Pensionirung von in Folge der Städte-Ordnung vom 19. November 1808 nicht wieder gewählten Magistratsgliedern entschieden. I. Bezieht sich die Cabinets-Ordre vom 14. October 1811 wegen Modification der Verbindlichkeit der Städte zur Pensionirung der ausscheidenden städtischen Beamten blos auf *später* ausscheidende, oder auch auf die damals bereits ausgeschiedenen städtischen Beamten? Die letzte Alternative ist bejaht, und müssen also auch später im Staatsdienst angestellte Magistratsglieder sich das Gehalt, soweit es mit der Pension die frühere Einnahme übersteigt, auf die Pension aufrechnen lassen. II. Ein bei dem Ausscheiden eines städtischen Beamten aus dem Communaldienst über die Höhe der Pension geschlossenen Vergleich, in welchem nicht speciell der Fall des Eintritts in den Staatsdienst vorgesehen worden, schließt die Anwendung der Cabinets-Ordre vom 14. Dezember 1811 §. 2.b nicht aus. Die Pension ruht mithin bei dem Eintritt des Beamten in ein königliches Amt, dessen Einkünfte denen seines ehemaligen städtischen Postens gleich kommen. III. Einem ausgeschiedenen ehemaligen Magistrats-Mitgliede, welches eine städtische Pension bezieht, kann auf dieselbe die Pension, welche er als königlicher Beamter zu genießen hat, nicht angerechnet werden. — Auch die folgende N. 43. (S. 410.) verhandelt ähnliche Gegenstände, nämlich: 1. Bezieht sich die Cabinets-Ordre vom 14. October 1811 blos auf

Digitized by Google

diejenigen städtischen Beamten, welche bei Einführung der Städte-Ordnung gänzlich zur Ruhe gesetzt worden, oder auch auf solche, die als königliche Beamte fortgedient haben? Letzteres ist angenommen. II. Einem ausgeschiedenen ehemaligen Magistratsgliede, welches eine städtische Pension bezieht, kann auf dieselbe nicht angerechnet werden: 1) das Justitiariats- (Patrimonalrichter-) Gehalt; 2) die Pension, die er als königlicher Beamter zu genießen hat.

In einer zweiten Abtheilung folgen 8 rechtskräftige Entscheidungen der königl. Landes-Justiz-Collegien und Unter-Gerichte N. 44. (S. 425.) entscheidet folgenden Rechtsfall: Jemand erhält einen auf seine Ordre gezogenen Wechsel von dem Aussteller, um für dessen Rechnung den Betrag von dem an einem andern Orte wohnhaften Trassaten einzuziehen. Zu diesem Behufe bevollmächtigt er einen am Wohnorte des Trassaten befindlichen Dritten, mittelst eines Indossaments procura, dieser Dritte empfängt auch von dem Trassaten Zahlung, wird aber selbst insolvent, ehe er die einzogene Summe an seinen Indossanten — den Remittenten — zahlt. Wer trägt in diesem Falle den Verlust, der Aussteller, oder Remittent? Das Land- und Stadtgericht zu Brandenburg, der Instructions-Senat des Kammergerichts und der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts haben entschieden, bei dem vorliegenden Verhältnisse habe der Aussteller das Risico der Wechsel bis zu deren Einkassirung, der Remittent aber das Risico der durch seine Ordre eingezogenen Gelder zu tragen, und der Bevollmächtigte, welchen die letztere Handlung erwähle, handele in Absicht der

Digitized by Google

einkassirten Gelder lediglich in ihrem Namen. — So ganz ausgemacht ist die Sache aber nicht. Läßt man einmal nach der Natur des eigenthümlichen Geschäfts — wonach nämlich die Kaufleute in kleineren Orten in den Handelsstädten Bankiers haben, bei denen sie bis zu einer bestimmten Summe Credit genießen, und denen sie Wechsel zur Einziehung und Gutschreibung, nachdem sie eingegangen, senden — die Ausnahme zu, daß der Aussteller das Risico bis zur Einkassirung trage, so liegt es auch sehr nahe, den Remittenten, der nun einmal doch nicht wohl anders denn als Mandatar handelt, nur für Versehen in der Auswahl seines Substituten oder im ferneren Verlauf der Sache haftbar zu halten. Die in der fraglichen Sache deponirte Meinung der Kaufleute über ein solches herkömmliches Verhältniß war schwerlich so gewichtlos, als die Richter geglaubt. Natürlich werden solche Bankiers ihre Provisions-Sätze steigern, wenn sie solche Gefahr tragen sollen.

In N. 45. (S. 439.) wird die sehr zweifelhafte Frage, ob bei Realresten die Appellation, ohne daß die Hauptsache die appellationsfähige Summe hat, statt finde, vom zweiten Senat des Ober-Landesgerichts zu Naumburg bejahend entschieden auf Grund von §. 4.a A. G. O. I. 14. §. 60. A. G. O. I. 29.

N. 46. (S. 442.) bringt die Entscheidung des Ober-Landesgerichts zu Hamm, der zweiten Senate der Ober-Landesgerichte zu Münster und Halberstadt, daß die Vertretungs-Verbindlichkeit der Verwalter von Kirchenvermögen, die ohne Consens der geistlichen Oberen Capitalien ausleihen, sich nur auf denjenigen Theil des ausgeliehenen

Digitized by Google

Kapitals erstrecke, der durch vorschriftsmäßige Sicherheit nicht gedeckt ist, weil im übrigen die Genehmigung der geistlichen Oberen zu erwarten gewesen wäre, der an diesem Uebrigen aber nun dennoch wider Erwarten eingetretene Verlust also in keinem Causal-Verhältniß mit der Verschuldung der Verwalter gestanden habe, vielmehr jedenfalls eingetreten seyn würde.

N. 47. (S. 445.) befaßt sich mit einer häufig praktischen Materie. Fiskus mußte einem Theerschweler Lamprecht in Folge eines Erbzins-Contracts das zur Schwelerei nöthige Zopf- und Leseholz aus gewissen Forsten der Altmark für einen jährlichen Canon von 20 Thaler und 4 Thaler für jeden abgebrannten Ofen liefern. Fiskus verweigerte in neueren Zeiten das Zopfholz, ward aber dazu verurtheilt. Der Berechtigte klagte nun auf Schadens-Ersatz, und es kam dabei zur Sprache, ob Fiskus nicht dadurch vom Ersatz des durch die wegen Mangel des Zopfholzes unterlassenen Schwelerei entstandenen Schadens befreit werde, daß der Berechtigte ja leicht anderes Holz, wenn gleich um höheren Preis, kaufen konnte. Fiskus wurde aber von den beiden Senaten des Ober-Landesgerichts zu Magdeburg und vom Ober-Landesgerichte zu Halberstadt zum Ersatz des vollen, auch des mittelbaren Schadens verurtheilt. Es wurde angenommen, daß es kein — hier sonst nach §. 19. A. L. R. I. 6. zur Berücksichtigung kommendes — grobes Versehen des Berechtigten sey, daß er nicht anderes Holz zur Fortsetzung seiner Schwelerei gewählt, indem dies nur ein guter aufmerksamer Hausvater für zweckmäßig erachtet haben würde. Auch ein nach §. 278. A. L. R. I. 5.

Digitized by Google

zu vertretendes mäßiges Versehen ward nicht angenommen, da eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit, ja eine wahrhaft juridische Ueberlegung dazu gehört habe, um zu beurtheilen, ob es nicht gerathen für den Kläger sey, sich anderes Holz zur Sicherung des Schadens-Ersatzes zu kaufen.

N. 48. (S. 449.) gibt folgende Entscheidungen der beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu Paderborn und des Ober-Landesgerichts zu Halberstadt als Revisions-Richters: I. Ein Vertrag, wodurch ein Lehnsfolger einem andern Lehnsfolger sein Successionsrecht abtritt, kann mit Bestand Rechtens abgeschlossen werden. II. Die im §. 199. A. L. R. I. 18. ausgesprochene Vermuthung für die Allodial-Qualität der baar ausgezahlten Abfindungs-Summe trifft nur dann ein, wenn gleich berechtigte Lehnsfolger, an welche das Lehn verfällt wird, bei Uebernahme des Lehnes durch einen derselben, eine solche Abfindung, Behufs ihrer definitiven Auseinandersetzung, miteinander verabreden; nicht aber alsdann, wenn außer diesem Falle, bei der Natural-Theilung eines im gemeinschaftlichen Besitze befindlichen Lehnsstücks zwischen mehreren Familien-Linien, eine Geldentschädigung zur Ausgleichung stipulirt wird. In einem solchen Falle ist die Vermuthung für die Lehnseigenschaft. III. Wenn indeß die Absicht der Interessenten bei der Theilung dahin gieng, daß die Geldentschädigung die Lehnseigenschaft nicht haben solle, so müssen diejenigen Interessenten, welche ihre Zustimmung dazu gegeben haben, die Geldentschädigung als Allode für ihre Person gegen sich gelten lassen. IV. Die Bestimmung des Art. 791. des Code Napoleon, daß man auf

Digitized by Google

eine künftige Erbschaft nicht verzichten, noch die eventuellen Rechte darauf veräußeren könne, findet nur auf Allodialerbschaften, nicht aber auf Lehnsanfälle Anwendung.

Die N. 49. (S. 401.) bringt die gleichförmigen Entscheidungen des Königsberger Stadtgerichts, Ober-Landesgerichts 1. Senats und des Ostpreußischen Tribunals über die Frage: Kann ein Gläubiger, welcher den Wechselarrest extrahirt, die für seinen verhafteten Wechselschuldner ausgelegten Alimente aus dem Vermögen der Ehefrau seines Schuldners erstattet verlangen? Die Frage wird verneint. Denn nur zwischen Mann und Frau bestehe in Beziehung auf die Alimentations-Verpflichtung ein Rechtsverhältniß, und nur er, nicht ein Dritter für ihn, dürfe das Recht geltend machen, von seiner Ehefrau Alimentation zu verlangen; die Verpflichtung der Ehefrau sey nur eine subsidiäre, wenn der Mann außer Stande sey, sich seinen Unterhalt selbst erwerben zu können, das Unvermögen des Mannes werde hier aber grade durch den Wechselarrest veranlaßt, und der Extrahent müsse die desfallsigen Folgen tragen, und könne dadurch der Frau nicht eine Last aufbürden, die nur eintreten würde, wenn das absolute, nicht relative Unvermögen ihres Ehemannes, sich selbst zu ernähren, erwiesen wäre. Wie zweifelhaft die Sache nach den Materialien ist, wird in einer Note ausgeführt.

N. 50. (S. 463.) entscheidet die Fragen: 1. Kann aus Anzeigen auf die ordentliche Strafe erkannt werden? Vom Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts durch eine bündige Interpretation des §. 393. der Criminal-Ordnung, verglichen mit §. 397. 398. N. 1., verneint.

Digitized by Google

II. Ob die Strafe des großen gemeinen Diebstahls, wenn der Verbrecher bereits wegen gewaltsamen Diebstahls bestraft worden, die Strafe des zweiten gewaltsamen Diebstahls sey? Bejaht von der Criminal-Deputation des Stadtgerichts zu Berlin und vom Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts.

In N. 51. (S. 470.) endlich sind entschieden die folgenden Fragen: I. Ist der Ausdruck „beträchtlicher Diebstahl“ im §. 18. der Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799 gleichbedeutend mit dem Ausdruck „großer Diebstahl“? Bejaht von der Criminal-Deputation des Stadtgerichts zu Berlin und vom Ober-Appell.-Senat. II. Trifft die im §. 18. der Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799 bestimmte Strafe auch denjenigen Verbrecher, welcher, nach vorgängiger Bestrafung wegen gewaltsamen Diebstahls, mehrere kleine Diebstähle verübt hat, deren Gesammt-Summe 5 Thaler übersteigt? Bejaht. III. Setzt die Anwendung des §. 18. der Circ. Verordn. vom 26. Febr. 1799 voraus, daß der Verbrecher wegen gewaltsamen Diebstahls ordentlich bestraft worden, und daß gegenwärtig die ordentliche Strafe wider ihn verhängt werde? Verneint. IV. Kann auch bei einer außerordentlichen Strafe auf Detention bis zur Besserung erkannt werden? Bejaht.

Digitized by Google

XXXIII.

Ob unter der Herrschaft des gemeinen Rechts deferirte Erbschaften seit Einführung des allgemeinen Landrechts durch Nicht-Einhaltung der darin bestimmten Deliberations- und Inventar-Niederlegungsfristen dem Erben von selbst zufallen?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(Publ. Patent vom 21. Juni 1825. §. 14. 19.)

Zur Zeit des gemeinen Rechts ward der, dem eine Erbschaft deferirt war, nur durch Antretung Erbe, und selbst der heres suus hatte nach der praxis das beneficium abstinendi bis zum Beweise der Immixtion. In einem solchen Falle (Heriette Hein zu Berleburg gegen Johann Jost Fischer zu Aue) sprach das Justiz-Amt Berleburg nun am 9. Dezember 1834 aus,

— es hörte nach der durch das allgemeine Preußische Landrecht — eingeführt am 1. Dez. 1825 — gebotenen, fruchtlos abgelaufenen, Ueberlegungsfrist von 6 Wochen A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 384., und nach der weitern Niederlegungsfrist (des Inventars) von 6 Monaten die Erbschaft jedenfalls auf, jacens

Digitized by Google

zu seyn, und der Verklagte, resp. seine Mutter, erscheinen nun als solche, die die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben. A. L. R. I. c. § 424. 427.

Auf eingewandte Appellation hob das Ober-Landesgericht zu Arnsberg am 9. Januar 1836 diese Entscheidung auf, bemerkend:

denn wenn nach allgemeinem Landrecht die Erbschaft ipso jure erworben wird, so muß sich, um diese Vorschrift anwenden zu können, nach §. 14. des Pubi. Patents vom 21. Juni 1825 der Erbfall selbst unter dem Bestand dieses Gesetzes ereignet haben.

Diese letzte Entscheidung ist unläugbar richtig. Denn wenn zwar der §. 19. des gedachten Publ. Patents die Verjährung und Fristenberechnung nach dem 1. Dezember 1825 dem allgemeinen Landrechte unterwirft, so setzt dies erstlich voraus, daß gemeinrechtlich schon eine Frist zu laufen angefangen habe, was bei der Befugniß zur Erbschaftsantretung eben nicht der Fall ist (Thibaut System des Pandektenrechts 7. Ausg. §. 1066. 3. Ausg. §. 1044); und zum anderen kann keinen Falls das Präjudiz des Fristablaufs durch das neu eingeführte Recht verändert, umgekehrt werden; das gemeinrechtliche Präjudiz kann blos Verlust der Antretungsbefugniß seyn, das Preußischrechtliche ist umgekehrt das Ueberkommen der Erbschaft in Folge einer angenommenen stillschweigenden Antretung.

Digitized by Google

XXXIV.

Ob gegen den Besitzer eines temporären Rechts zur Sache, der sich dessen berühmt, vor Ablauf der behaupteten Dauer dieses Rechts, die Diffamationsklage statt finde?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.
(Allg. G. O. Thl. I. Tit. 32. §. 220.)*)

Diese Frage ist in folgenden Erkenntnissen entschieden:

In Sachen des Kaufmanns Lazarus Samuel Rothschild zu Menden, Provokanten und Diffamaten, gegen den Colonen Heinrich Heitmann zu Sümmern, Provokaten und Diffamanten,

erkennt das Königl. Justiz-Amt zu Menden den Akten gemäß

für Recht:

daß Provokant und Diffamat mit der unterm 16. Juli 1833 erhobenen Provokations- und resp. Diffamations-Klage, unter Verurtheilung in sämmtliche Kosten des Prozesses abzuweisen seyn.

Von Rechtswegen.

---

*) Vergl. Gräveil Comm. zur Allg. Ger. Ordnung Bd. 4. S. 201—206. Merkel Comm. zur Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 32. §. 1.

Digitized by Google

Gründe.

Der Kaufmann Lazarus Samuel Rothschild hat den von ihm angekauften Ferdinand Heitmanns Kotten, an den Heinrich Heitmann verpachtet, und zwar nach der Behauptung des Rothschild auf ein halbes Jahr. Der Heinrich Heitmann behauptet aber eine Pacht auf fünf Jahre, und weil sich derselbe dieses Rechts berühmt hat, fand sich Rothschild veranlaßt, die Provokationsklage zu erheben, und den Heitmann zur Ausführung seines Anspruchs aufzufordern.

Der Provokat gesteht die Diffamation ein, behauptet, daß ihm wirklich eine fünfjährige Pacht zustehe, bestreitet aber seine Schuldigkeit zur Anstellung der Klage, weil er sich im Besitze der Realitäten befinde, und nicht eher zu räumen brauche, als bis er zur Ermission verurtheilt seye; jetzt seye ihm noch gar kein Klagerecht erwachsen, und ehe dieses der Fall, könne und brauche er auch keine Klage zu erheben. — Der Provokant glaubt jedoch, daß Provokat zu der Klage verbunden seye, weil er die fraglichen Realitäten bereits an den Christian Busewald verkauft habe, und solche mit Martini 1833 überliefern müsse, hiezu würde er aber nicht im Stande seyn, wenn Provokat bis dahin nicht geräumt habe, er setze sich dann möglicher Weise den größten Regreßansprüchen aus, weshalb er sich an dem Provokaten, der durchaus kein Vermögen besitze, nicht erholen könne; darauf, ob dem Provokaten bereits ein Klagerecht erwachsen, könne, zumal da derselbe die Berühmung eingestehe gar nichts ankommen, weil sonst der Zweck des Provokations-Prozesses ganz verfehlt seye.

Digitized by Google

Allein es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die Provokationsklage nicht begründet ist, vielmehr zurückgewiesen werden muß. — Zuvörderst ist es wohl unbedenklich, daß die bloße Behauptung der Zuständigkeit eines Anspruchs noch keine Verbindlichkeit zur gerichtlichen Ausführung desselben enthält, wie dieses aus §. 18. 20. Thl. 1. Tit. 32. der Ger. Ordnung hervorgeht, daß es vielmehr darauf ankommt, ob diese Verbindlichkeit sonst durch die Vorschriften der Gesetze begründet seye? Die allgemeine Regel, daß Niemand zur Klage gezwungen werden kann, wird durch die bloße Thatsache der Behauptung eines Anspruchs noch nicht umgestoßen. Es müssen also noch andere Bedingungen vorhanden seyn, welche die Anwendung solcher gesetzlichen Bestimmungen herbeiführen, wodurch es gerechtfertigt wird, eine Ausnahme von dieser Regel zu machen, das heißt es müssen diejenigen Bedingungen eintreten, unter welchen eine Provokationsklage vollständig begründet ist.

Zur Begründung einer Provokationsklage gehört aber vor allen Dingen, daß für den Provokaten die rechtliche Möglichkeit erwachsen ist, die Klage, zu welcher er provocirt wird, anzustellen, indem es sonst einen Widerspruch mit sich selbst enthalten würde, eine Klage anstellen zu sollen, welche entweder an sich, oder wegen der ihr entgegen stehenden, aus der Sache selbst herzuleitenden dilatorischen Einreden zurückgewiesen werden muß. Es fragt sich daher, ist für den Provokaten bereits die rechtliche Möglichkeit erwachsen, die Klage auf Gewährung einer fünfjährigen Pachtung anzustellen? Diese Frage muß offenbar verneint werden. Der Provokat befindet

Digitized by Google

sich im Besitze der ihm verpachteten Realitäten, und braucht den Besitz nicht früher aufzugeben, als bis er hiezu verurtheilt wird, er kann eine Ermissionsklage ruhig abwarten, sein Recht einredend geltend machen, ohne daß er dieserhalb nöthig hätte, klagend aufzutreten. Wollte der Provokat sein einredend zu schützendes Recht schon jetzt klagend geltend machen, so würde derselbe durch den dilatorischen Einwand, daß die Klage zu früh angestellt, indem er in seinem Pachtbesitze vom jetzigen Provokanten noch nicht gestört seye, zurückgewiesen werden. — Es kann daher auch der Provokat, für den noch kein Klagerecht erwachsen, zur Anstellung einer Klage nicht gezwungen werden; hierin kann auch der vom Provokanten behauptete, und vom Provokaten als richtig nachgegebene Umstand, daß die Realitäten bereits an einen andern verkauft, keinen Unterschied machen, indem hierdurch das Recht des Provokanten nicht beeinträchtigt werden kann, und Provokant sich die dadurch allenfalls entstandenen Nachtheile selbst beimessen muß. Es mußte daher, wie geschehen, in der Hauptsache erkannt werden, und ist die Verurtheilung in die Kosten Folge der Succumbenz in der Hauptsache.

Auf die erhobene Appellation bestätigte das Hofgericht zu Arnsberg durch ein am 9. Januar 1834 verkündetes Erkenntniß das erste Urtel.

Gründe.

Der Verklagte hat vom Kläger das Heitmanns Wohnhaus nebst Grundstücken gepachtet, und ist noch in dessen Besitz. Kläger behauptet nun, diese Pacht endige mit Martini d. J. Verklagter habe sich aber berühmt,

Digitized by Google

das Gut qu. auf fünf Jahre gepachtet zu haben, und provocirte deshalb den Verklagten, durch eine schon im Juli d. J. angestellte Klage ad agendum.

Verklagter behauptet in seiner Einrede, daß er das Gut vom Kläger nicht bis Martini, sondern wirklich auf fünf Jahre gepachtet, zur Klage aber nicht berechtigt sey, da er noch wirklich im Besitze des Pachtguts, vom Kläger darin nicht gestört, mithin für ihn die Klage nicht betagt sey. Mit Recht hat der erste Richter den Kläger mit der Provokation abgewiesen. Es muß hierin nämlich das Rechtsverhältniß und die den Parteien aus demselben entspringende Klage ins Auge gefaßt werden, um zu beurtheilen, ob der Provokat nach Lage der Sache eine solche Klage, wie sie ihm vom Provokanten zugemuthet wird, schon jetzt anstellen könne.

Diese Frage ist nun zu verneinen. Das durch den Pachtvertrag begründete Rechtsverhältniß unter den Partien verpflichtet den Kläger als Vermiether, dem Pachter die vermiethete oder verpachtete Sache zu überliefern, und ihn in dem vertragsmäßigen Genusse derselben nicht zu stören.

Hieraus gehen für den Pachter (Provokat) die entsprechenden Rechte auf Besitz und Genuß des verpachteten Objects hervor; weitere Rechte vermag er wider den Verpachter nicht geltend zu machen. Zum Schutze dieser Rechte steht ihm die actio conducti, die Contractsklage zu; — nur diese ist es, welche der Pachter wider den Verpachter anstellen kann, und nur diese kann es also seyn, zu deren Anstellung der Verklagte, jetzt Appellant, provocirt wird.

Digitized by Google

So lange aber der Pachter im Besitze und Genusse der Pachtung vom Verpachter nicht gestört, so lange ihm also Alles gewährt ist, was er zufolge des Contracts, der einzigen Quelle seines Rechts in Anspruch nehmen kann, so lange erfüllt der Verpachter den Vertrag, und ist daher die Contractsklage der actio conducti schlechterdings nicht zu begründen. — Wenn also der Kläger den Verklagten desungeachtet ad agendum provocirt, so muthet er ihm zu, eine Klage anzustellen, welche rechtlich nicht fundirt ist. — Der Verklagte konnte zwar aus der Provocation des Klägers Veranlassung nehmen, diesen selbst ad agendum in der Hauptsache zu provociren; allein ob er dieses will, hängt von seinem freien Willen ab und kommt daher hier nicht in Betracht. — Aus diesen Gründen mußte daß Urtheil voriger Instanz pure bestätigt und Kläger und Appellant in die Kosten verurtheilt werden.

Digitized by Google

XXXV.

Ob im Arnsberger Ober-Landesgerichts-Departement die bloße Anmeldung der General-Hypothek im Laufe der Präclusivfrist dieselbe auch ohne Specialisirung erhalten habe?

Rechtsfall, mitgetheilt

vom

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Franz Michael Paye**
aus Meschede.

(Publ. Patent vom 21. Juni 1825. §. 22.)

Der Freiherr von Hoerde zu Schwarzenraben wirkte im Jahre 1830 die Subhastation mehrerer ihm generaliter verpfändeten Immobilien des Kolon Wienold Wiethaus zu Langeneicke aus, und wurde nach geschehener Adjudikatoria auf den Antrag der aufgetretenen Realprätendenten der Liquidations-Prozeß über die Kaufgelder eingeleitet. In dem am 19. September 1831 publicirten Klassifikations-Urtel locirte das Justiz-Amt Gesecke die Pfandgläubiger, deren drei sich gemeldet hatten, dergestalt, daß in der III. Cl. *)

*) Vergleiche Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe von Simon und von Strampff, Bd. 1. S. 39. Bd. 2. S. 367 folg.

Digitized by Google

1) der Schneider Friedrich Budde zu Lippstadt aus den Kaufgeldern des Wohnhauses wegen einer durch die Schuld- und Pfandverschreibung vom 15. Febr. 1822 dokumentirten Forderung von 116 Thaler 27 Sgr. 8 Pf. sammt zweijährigen Zinsen befriedigt werde; und sodann

2) der Freiherr von Hoerde wegen einer Forderung von 250 Thaler nebst zweijährigen Zinsen aus den Kaufgeldern der ihm durch die Schuldverschreibung vom 18. Febr. 1813 speciell verpfändeten Grundstücke nämlich $^3/_4$ Morgen Acker und $^1/_2$ Morgen Gartens zu befriedigen seye, auch

3) der Schneider Budde wegen des Restes der sub 1 aufgeführten Forderung aus dem Reste der Kaufgelder des Wohnhauses und des Gartens, so wie aus den Kaufgeldern des beim Hause liegenden Obst- und Gemüse-Gartens, des Hausplatzes und Hofraums.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte v. Hoerde, die Zinsen waren nicht Gegenstand der Appellation, eben so wenig der in der Klassifikatoria bei Nr. 3. ausgesprochene Satz, der v. Hoerde erachtete sich blos dadurch beschwert, daß er mit seiner ältern Forderung, für welche in dem Vermögen des Schuldners General-Hypothek bestellt worden, der jüngern des Budde nachstehen solle.

Das am 31. Juli 1832 publicirte Erkenntniß des Königlichen Hofgerichts zu Arnsberg reformirte das Erkenntniß des Untergerichts und erkannte für Recht, daß

1) in der 3ten Klasse zunächst der v. Hoerde mit seiner durch die Schuldurkunde vom 18. Febr. 1813

Digitized by Google

dokumentirten Hauptforderung vom 250 Thlr. nebst zweijährigen Zinsen aus den Kaufgeldern des Wohnhauses des Schuldners Wiethaus wie aus den Kaufgeldern des bei diesem Hause gelegenen Obst- und Gemüsegartens, des Hausplatzes und Hofraums, ferner des Ackerlandes und des Gartens zu befriedigen, sodann erst

2) der Budde mit seiner Kapitalforderung von 116 Thlr. 27 Sgr. 8 Pf. und zweijährigen Zinsen aus dem Reste dieser vorgenannten Kaufschillinge mit Ausnahme des Ackerlandes zu befriedigen, und

3) die Kosten der zweiten Instanz dem Appellaten Budde zur Last zu legen.*)

Dieser Entscheidung sind folgende Gründe beigefügt: die untergerichtliche Entscheidung beruht auf dem Grund-

*) Dieser Punkt wegen der Kosten wurde jedoch auf den Recurs des Budde in höherer Instanz dahin abgeändert, daß, da die Ansetzung der Kosten des Appellations-Verfahrens im Konkurse oder Liquidations-Prozesse betreffend der §. 530. Tit. 50. der Prozeß-Ordnung blos die Bestimmung enthält, daß die Kosten des von einem Gläubiger gegen den andern eingewandten Rechtsmittels die Masse nichts angehen, sondern von dem zu tragen sind, welchem sie in den ergangenen Urteln auferlegt worden, folglich die Frage, wem sie also auferlegt werden sollen, lediglich aus den allgemeinen Bestimungen des §. 6. und 7. Tit. 23. P. O. zu beantworten ist, die Kosten der Appellations-Instanz nicht dem Appellaten allein zur Last zu legen, sondern zwischen ihm und dem Appellanten zu compensiren, und eben so auch die Kosten des Recursverfahrens.

Digitized by Google

satze: daß nach §. 8. und 22. des Publikations-Patents vom 21. Juni 1825 die zur Konservation des Hypothekenrechtes nothwendige Anmeldung des Titels sich jedesmal auf ein bestimmtes Grundstück beziehen müsse, wie solches auch die Hypothekenordnung verlange §. 159. 167. und 168. Tit. 2. und des Landrechts Thl. I. Tit. 20. §. 390. 392. 400. und 401. — Dieser Grundsatz ist indessen, wie sich weiter unten ergeben wird, irrig.

Die Schuldurkunde zu Gunsten des v. Hoerde ist am 18. Februar 1813 gerichtlich bei dem Justiz-Amte Gesecke aufgenommen; sie enthält eine General-Hypothek „in dem gesammten Vermögen" des Debitors und als Special-Pfänder $^5/_4$ Morgen Ackerland am Högge, und $^3/_4$ Morgen Garten am Lüttgenfelde. Am 5. Septbr. 1827 wurde diese Urkunde von dem Gläubiger zur Aufnahme in das Hypotheken-Register und Ertheilung der Rekognition präsentirt. Das Justiz-Amt Gesecke verfügte auf dieses Anmeldungs-Gesuch aber nicht, und ertheilte erst am 20. Mai 1831 nachdem bereits am 29. Oktober 1830 die subhastirten Pfandstücke durch Adjudication in das Eigenthum Dritter übergegangen waren, und nachdem am 18. April 1831 bereits die sub poena praeclusionis vorgeladenen Realgläubiger jener Immobilien im Wege des Liquidations-Prozesses ihre Ansprüche angemeldet hatten, eine Recognition über die in der vorgenannten Urkunde bestellten Special-Pfänder, ohne der General-Hypothek zu erwähnen. Die ebenfalls gerichtliche Schuldurkunde des Gläubigers Budde datirt sich vom 15. Februar 1822. Sie enthält blos eine General-

Digitized by Google

Hypothek, sie ist am 26. August 1828 bei dem Justiz-Amte Gesecke „zur Eintragung" angemeldet, und am 29. April 1831 ist der Gläubiger unter Rückgabe des Dokuments veranlaßt worden, sein generelles Pfandrecht zu specialisiren. Budde hat dieses am 13. Mai 1831 gethan, und als Special-Hypothek benannt:

a) des Schuldners Wohnhaus, Hofraum, Hausplatz, Obst- und Gemüse-Garten;

b) ein Viertel Morgen Ackerland im Dreischorte, worüber dann am 20. Mai 1831 die Recognition ertheilt ist.

Abgesehen davon, daß Alles, was pendente lite geschah, auf die Sache keinen Einfluß haben, die früher bestandenen Rechte und Verbindlichkeiten nicht alteriren konnte, so entsteht hier zunächst die Frage, was beim Uebergange der frühern Gesetzgebung in die jetzt bestehende Preußische zur Konservirung eines Real-Rechts, insbesondere zur Konservirung einer General-Hypothek gehört, denn daß beide hier zur Sprache kommende Pfandrechte nach gemeinem Rechte gültig waren, ist nicht bestritten.

Die General-Hypothek des gemeinen Rechts umfaßt nun jede in dem Vermögen des die Hypothek constituirenden Schuldners befindliche Sache, so daß der Gläubiger befugt ist, sein dingliches Recht auf jedes einzelne Vermögensstück zu verfolgen. l. 1. D. de pign. et hyp. 20. l.: „conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est.

Fabri errores Pragm. VI. 9.

Thibaut, System. §. 638.

Digitized by Google

Durch die Einführung der Preußischen Gesetze in dem hiesigen Bezirke wurden bereits erworbene Rechte nicht gekränkt, vielmehr sollen insonderheit alle Verträge, die vor dem 1. December 1825 errichtet sind, sowohl in Ansehung ihrer Form, als ihres Inhalts, so wie auch der daraus entstehenden rechtlichen Folgen nach den früheren Gesetzen beurtheilt werden, §. 17. Nach §. 8. und 9. des erwähnten Publikations-Patents wird zur Konservirung eines nach früheren Rechten erworbenen Real-Rechts verlangt:

daß der Berechtigte den Titel seines Real-Rechts bei dem foro rei sitae anmelde und nachweise!

Der §. 22. des Publikations-Patents verlangt die Nachweisung des Titels sogar nicht einmal, und bestimmt:

daß der Anspruch auf Locirung in der dritten Klasse denjenigen ältern Hypotheken-Gläubigern zu gut kommen, die sich vor dem 1. September 1826 (1828) melden.

Freilich würde letztere Disposition, da sie nur eine beziehungsweise ist, den Ausschlag nicht geben können, indessen stimmt sie in so fern mit dem §. 8. überein, daß keine Recognition Seitens des Gerichts als Requisit der Konservirung verlangt wird.

Zu Bedenklichkeiten könnte allerdings die im §. 9. des Publikations-Patents vorgeschriebene Maaßregel der Recognoscirung in Verbindung mit den Worten des §. 10.: „Der Gläubiger erwirbt durch diese Anmeldung und Bescheinigung das Recht ꝛc.“ Anlaß geben, in so fern man den Ausdruck Bescheinigung mit Recognoscirung identisch nehmen wollte; allein außer-

Digitized by Google

dem, daß es im Preußischen Rechte nicht üblich ist, die Recognitions-Ertheilung Bescheinigung zu nennen, hat man weit mehr Grund, diesen Ausdruck auf das im §. 8. gebrauchte Wort: nachzuweisen! zu beziehen, somit anzunehmen, daß durch die Anmeldung und Bescheinigung des Real-Rechts (Nachweise des Real-Rechts) die im §. 10. bestimmten Rechte erhalten werden.

Daß zur Wirksamkeit dieser Anmeldung jedesmal ein bestimmtes Grundstück angezeigt werden sollte, ist in keinem Gesetze vorgeschrieben. Zwar ist in den nach dem Publikations-Patente erlassenen Ministerial-Rescripten bestimmt, daß nur solche Hypothekenrechte zur Recognition geeignet seyen, welche ein bestimmtes Immobile zum Gegenstande haben, cfr. generale vom 6. October 1826 in Esselen Sammlung pag. 83. und dieses erscheint sowohl nach der Natur des Pfandrechts, als wegen des sonst nur höchst unvollkommen zu erreichenden Zwecks möglichster Sicherheit durchaus nothwendig, ist jedoch nur Bedingung der Recognition, nicht der Anmeldung. Durch die Anmeldung des Real-Rechts (so fern es bescheinigt ist) erlangt der Gläubiger, oder conservirt vielmehr die Rechte des Unterpfandes. Ganz übereinstimmend mit dieser Lage der rechtlichen Verhältnisse hat der Gesetzgeber bereits früher bei Einführung der Preußischen Gesetze in Sachsen, resp. durch die nachträgliche Verordnung vom 16. Juni 1820 verfügt. Nach §. 5. dieser Verordnung sollen die Hypothekengläubiger des früheren Rechts, ihr Hypothekenrecht vor dem 1. Januar 1822 bei der Hypothekenbehörde anmelden, und dadurch nach §. 6. ibid. das Recht erlangen in dem künftigen

Digitized by Google

Hypothekenbuche mit derjenigen Priorität eingetragen zu werden, welche ihnen nach den früheren Gesetzen zukam.

Ueberhaupt kann der Verlust eines einmal bestehenden Rechts wider den Willen des Berechtigten nur als Folge eines Gesetzes erscheinen, welches für die Uebertretung oder Vernachlässigung positiver Bestimmungen den Verlust des Rechts als Strafe dictirt. Der vorliegende Fall bewährt dieses. Das Gesetz knüpft an die unterlassene Anmeldung vor dem 1. September $18^{26}/_{28}$ den Verlust der Priorität, und der Verfolgung gegen Dritte als poena negligentiae. Sobald der Berechtigte seiner Seits Alles gethan hat, was der §. 8. des Publikations-Patents vorschreibt, hört seine Thätigkeit auf, weil alsdann nach §. 9. die Wirksamkeit des Hypotheken-Richters eintritt. Dessen Handlungen darf der Berechtigte eben so wenig vertreten, als über dieselben disponiren, ja er ist von aller Einwirkung auf dieselbe ausgeschlossen. Diesem ungeachtet den Berechtigten mit dem Verluste seines wohlerworbenen Rechts bedrohen, für den Fall daß die Thätigkeit des Richters sich nicht schnell oder wirksam genug äußern möchte, statt also den Richter mit der poena negligentiae zu bedrohen, den Gläubiger, der nicht säumig ist, dafür büßen zu lassen, kann die Absicht einer Gesetzgebung wie die unsrige ist, nicht seyn.

Die Römer hatten sogar den Grundsatz:

„daß Alles was wohl erworbenen Rechten schadet, im Zweifel stets als erschlichen, mithin als vom Gesetzgeber nicht gesagt betrachtet werden soll!"

Thibaut log. Ausleg. §. 15.

Digitized by Google

In unserer gegenwärtigen Gesetzgebung, welche freilich die Interpretation sehr beschränkt, haben wir aber doch immer noch die wichtigen Bestimmungen des §. 46. und 49. Einleitung zum Landrechte, denen zufolge:

„nach dem Sinne der Worte und dem Zusammenhange derselben in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes und beim Mangel eines Gesetzes, nach den im Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen,

die Entscheidung geliefert werden soll.

Alles dieses vereinigt sich, um die Entscheidung zu Gunsten des Appellanten im vorliegenden Falle zu motiviren, denn sowohl der Sinn der Worte, als der nächste unzweifelhafte Grund des Gesetzes in Verbindung mit allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und der Parallel-Bestimmung der Kabinets-Ordre vom 16. Juni 1820 sprechen dafür, daß zur Konservirung des nach älteren Rechten gültigen Hypothekenrechts die Anmeldung vor dem Präclusiv-Termin genüge.

Daß auf die entgegenstehenden Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung Bezug genommen werde, ist sogar gesetzlich verboten.

Publikations-Patent §. 14.

Es mußte hiernach der von Hoerde erst befriedigt seyn, ehe die Reihe an den Budde kommen konnte. Letzterer darf nur aus dem Reste derjenigen Kaufgelder seine Befriedigung erwarten, auf welche er

Digitized by Google

von dem Richter erster Instanz angewiesen ist, indem er gegen das Urtel sich nicht beschwert hat.

Die Kosten des Appellations-Verfahrens muß in Gemäßheit des §. 530. der Konkurs-Ordnung Appellat tragen.

Digitized by Google

XXXVI.

Abhandlung über die Frage: ob und welche Veränderungen das auf früherhin eigenbehörigen Colonaten, insbesondere in der Grafschaft Rietberg, haftende Heimfallsrecht durch die Westphälische und später durch die Preußische Gesetzgebung erlitten hat.

Vom

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Brandis**

aus Paderborn.

Veranlassung zu der vorliegenden Abhandlung gab ein vor Kurzem in zweiter Instanz beim Ober-Landesgerichte zu Paderborn entschiedener Rechtsfall, den ich als Referent zu bearbeiten hatte. Die oben berührte Frage kam zwar in zweiter Instanz aus einem unten zu erwähnenden Grunde nicht zur Diskussion, es ist indessen selbige für die Gutsherrn, wie für die Colonen so wichtig, und bereits so verschieden beantwortet,*) daß eine nochmalige Anregung derselben nur von Nutzen seyn kann.

Der Abhandlung selbst erlaube ich mir den Rechtsstreit, der zu selbiger Veranlassung gab, vorauszuschicken.

*) Vergl. in diesem Archive Jahrg. I. Heft 4. S. 417 und folg. Jahrg. II. Heft 1. S. 90 und folg. Heft 3. S. 445 und folg. Heft 4. S. 551 und folg.

Digitized by Google

Das sub Nr. 1. zu Sende in der Grafschaft Rietberg belegene, früher eigenbehörige Vollmeier-Colonat Oesterebbinghaus steht im Ober-Eigenthum des Fürsten von Kaunitz-Rietberg. Die Eheleute Ortsbeamte Ferdin. Oesterebbinghaus und Anna Cathar. Büermann, welche selbiges seit dem Jahre 1780 besaßen, errichteten unterm 24. October 1821 gemeinschaftlich ein Testament und bestimmten darin unter andern:

falls nach ihrem beiderseitigen Hintritte keine eheliche, leibliche, successionsfähige Descendenz existiren möchte, solle eine gewisse Elisabeth Büermann das Colonat erhalten ꝛc.

Diese die Vererbung des Colonates betreffende Bestimmung wurde von dem bei Aufnahme des Testamentes von den Eheleuten Oesterebbinghaus zugezogenen, Fürstl. Rietbergischen Rath Schwertener, Namens des Fürsten von Kaunitz-Rietberg genehmigt und in der genannten Eigenschaft, sowie in der als Generalmandatar des Fürsten unterschrieben.

Die Eheleute Oesterebbinghaus verstarben ohne Kinder zu hinterlassen, und zwar die letztlebende Ehefrau im Jahre 1832. Ihr Testament wurde unterm 1. Mai ejusdem publicirt, worauf sich die Elisabeth Büermann und deren Ehemann Carl Müller in den Besitz des Colonats setzten.

Der Fürst von Kaunitz-Rietberg erhob indessen gegen diese im Jahre 1832 beim Gerichte zu Rietberg Klage auf Aberkennung der Successions-Ansprüche und Räumung des Colonats, und behauptete: Der Rath Schwertener sey zur Ertheilung des fraglichen Consenses

Digitized by Google

nicht befugt gewesen, und da die Colonatsbesitzer kinderlos verstorben, sey der Heimfall eingetreten.

Die Verklagten wendeten jedoch ein: Abgesehen davon, daß ꝛc. Schwertener zur Ertheilung des Consenses befugt gewesen, habe das Heimfallsrecht durch die Westphälische und Preußische Gesetzgebung bedeutende Modificationen erlitten, so daß die Eheleute Oesterebbinghaus nach den zur Zeit der Errichtung ihres Testaments bestandenen Gesetzen, worauf es hier nur ankomme, befugt gewesen seyen, ihr Colonat ohne Consens des Ober-Eigenthümers einem fähigen Wirthe abzutreten.

Der Kläger dagegen bestritt, daß das Heimfallsrecht durch besagte Gesetze eine Abänderung erlitten habe, und behauptete eventualiter, daß selbiges durch das Gesetz vom 21. April 1825 in seinem frühern Umfange wieder hergestellt sey, dieses Gesetz aber im vorliegenden Falle zur Anwendung komme, weil die Eheleute Oesterebbinghaus erst nach Publikation desselben verstorben seyn.

Das Gericht zu Nietberg nahm an, daß die letztwillige Disposition der Eheleute Oesterebbinghaus auch ohne Consens des Ober-Eigenthümers rechtsbeständig, überdies Schwertener zur Ertheilung des Consenses Namens des Fürsten befugt gewesen sey — und wies den Kläger per sent. de publ. den 9. Sept. 1834 mit der Klage ab.

Auf die gegen diese Entscheidung vom Kläger eingewendete Appellation, bestätigte der zweite Senat des Ober-Landesgerichts zu Paderborn das Erkenntniß erster Instanz, weil er aus nicht weiter hierher gehörigen Gründen

Digitized by Google

annahm, daß Schwertener zur Ertheilung des fraglichen Consenses Namens des Klägers befugt gewesen.

Die Frage:

Ob die Eheleute Oesterebbinghaus berechtigt waren, über das vormals eigenbehörige, noch gegenwärtig im Ober-Eigenthum des Klägers stehende Colonat zu Gunsten einer dritten Person, auch ohne Consens des Ober-Eigenthümers, letztwillig zu verfügen?

kam deßhalb nicht zur Discussion. Sie muß aber meines Erachtens aus folgenden Gründen verneint werden: die Entscheidung der ausgeworfenen Frage hängt davon ab:

Ob, eventualiter in welchem Umfange, zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Disposition, oder doch zur Zeit des Todes der Eheleute Oesterebbinghaus auf deren Colonate das Heimfallsrecht haftete.

Die vor dem Jahre 1808 von dem Fürsten von Kaunitz als reichsunmittelbares Gebiet besessene Grafschaft Rietberg wurde bekanntlich von Napoleon nach dem Tilsiter Frieden als erobertes Land behandelt und durch die Constitution vom 15. Novbr. 1807 für einen Bestandtheil des Königreichs Westphalen erklärt. Mittelst Patentes vom 21. Juni 1815 (Ges. S. Nro. 14.) wurde Rietberg von Preußen in Besitz genommen, und durch die Verordnung vom 25. Mai 1818 (Ges. S. Nro. 6.) die factisch bereits vollzogene Einführung des Allg Landrechts und der Allg. Gerichts-Ordnung bestätigt.

In Bezug auf die Verhältnisse der Eigenbehörigen galten in der Grafschaft Rietberg vor der Fremdherrschaft observanzmäßig die Grundsätze der Osnabrückischen Eigenthums-Ordnung vom 25. April 1722.

Digitized by Google

vergl Wigand's Provinzialrechte des Fürstenthums Minden, der Grafschaft Ravensberg ꝛc. S. 405.)

Dieser zufolge haftete auf den eigenbehörigen Colonaten das Heimfallsrecht d. h. die Befugniß des Gutsherrn, das Colonat in Ermangelung successionsberechtigter Nachkommen des Besitzers anderweit auszuthun, beliebig mit neuen Colonen zu besetzen. Jener Eigenth. Ordnung zufolge stand ferner den Colonatsbesitzern die Fähigkeit, über das Gut unter Lebendigen, oder von Todeswegen ohne gutsherrlichen Consens zu verfügen, nicht zu, und die ohne diesen Consens vorgenommenen Dispositionen waren ungültig. (Cap. 6. §. 9.; Cap. 15. §. 1—5.)

Es frägt sich nun, ob die Westphälische Gesetzgebung dies Heimfallsrecht aufgehoben, dem Besitzer eine freiere Disposition über das Gut eingeräumt hat.

Meistentheils sind diese Fragen bisher bejahet worden, müssen aber m. E. aus folgenden Gründen verneint werden:

Man darf die über das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß ergangenen Westphälischen Gesetze nur oberflächlich ansehen, um daraus den Schluß zu ziehen, daß durch Erlassung derselben nur beabsichtigt wurde, die Scheidelinie zwischen Leibeigenschaft und deren Ausflüssen von dem Verhältniß, in welchem der Bauer rücksichtlich seines Colonates zum Gutsherrn stand, zu ziehen, und Ablösungsnormen festzusetzen, wodurch auch dies Verhältniß aufgelöset und die Bauergüter in freies Eigenthum verwandelt würden.

Der Artikel 13. der Constitution vom 15. Nov. 1807 hob bekanntlich die Leibeigenschaft mit ihren Aus-

Digitized by Google

flüssen auf. Die Declaration dieses Art. vom 23. Jan. 1808 (Westphäl. Gesetz-Bülletins pro 1808 Nr. 27.) setzt in dem Art. 1—9. ausdrücklich fest, was als Leibeigenschafts-Verbindlichkeit betrachtet und aufgehoben werde, läßt in den Art. 9. und 13. das Ober-Eigenthum und alle diejenigen Rechte, welche nicht, als von der Leibeigenschaft abhängig, aufgehoben sind, bestehen und erklärt sie nur für ablösbar, untersagt endlich im Art. 11. dem Bauer die Veräußerung und Belastung des Guts ohne Einwilligung des Ober-Eigenthümers.

Vom Heimfallsrechte ist in diesem Gesetze nicht die Rede; wäre selbiges aufgehoben worden, so hätte selbiges unter den in den Art. 1—9. namentlich aufgezählten Rechten angeführt werden müssen. Ueberdies ergibt das Decret vom 25. Juli 1811 (Westphäl. Ges. Bülletins pro 1811 Nr. 86.) auf das Deutlichste, daß das Heimfallsrecht als fortbestehend angesehen ist, denn dies Gesetz bestimmt im Art. 6. den Ablösungspreis für das Heimfallsrecht; da aber dieses Recht für ablösbar erklärt, so war ja dadurch klar ausgesprochen, daß es als fortbestehend betrachtet worden, und bis zur Ablösung fortbestehe.

Eine Vergleichung des §. 53. mit §. 52. des Gesetzes vom 25. September 1820 (Ges. S. S. 169.) ergibt endlich deutlich, daß auch der Preußische Gesetzgeber der Ansicht gewesen, durch die Westphäl. Gesetze sey das Heimfallsrecht nicht aufgehoben.

Ist dem aber so, so folgt daraus auch, daß selbiges in seinem früheren Umfange, welchen ihm die Osnabrückische Eigenth. Ordnung beilegt, fortbestand, indem es entgegen

Digitized by Google

gesetzten Falls ein dem früheren Heimfallsrechte nur dem Namen nach verwandtes, substituirtes Recht gewesen seyn würde. — Wäre insbesondere dem Bauern freie Dispositions-Befugniß über das Gut gestattet, so würde, da es sich gewiß erwarten ließ, daß derselbe in Ermangelung successionsberechtigter Nachkommen zu Gunsten seiner sonstigen Verwandten, oder Dritter disponiren werde, das Heimfallsrecht in den meisten Fällen nur in der Befugniß bestanden haben, zu verhindern, daß der Fiskus das Gut als erblose Verlassenschaft einziehe, eine Befugniß, die schon aus dem Begriff des Ober-Eigenthums von selbst folgte und deren Ablösung dem Bauer wohl nie eingefallen seyn möchte. — Nirgends ist denn auch in den Westphäl. Gesetzen dem Bauer eine freiere Disposition über das Gut gestattet, vielmehr untersagt, wie bemerkt, der Art. 11. des Decrets vom 23. Januar 1808. jede Veräußerung des Guts ohne Einwilligung des Ober-Eigenthümers.

Das Preußische Gesetz vom 25. September 1820 (Ges. Samml. S. 169.) über die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, welches hinsichtlich dieser an die Stelle der bis dahin bestandenen fremden Gesetze trat,

vergl. §. 1. dieses Gesetzes

untersagt im §. 16. dem nutzbaren Eigenthümer — und nur solche sind nach eben dieser Vorschrift die Ehekeute Oesterebbinghaus geworden, da bei Einführung der Westphälischen Gesetze unter andern der Heimfall, also andere, als feste Geldabgaben, auf dem Colonate haften*) — die

*) Dieser Ansicht dürften erhebliche Zweifel entgegenstehen, das Heimfallsrecht ist keine Abgabe. Sommer.

Digitized by Google

Veräußerung des Guts ohne Einwilligung des Ober-Eigenthümers, (§. 21.) und bestimmt im §. 52. den Ablösungspreis für das Heimfallrecht.

Auch dies Gesetz hat demnach weder in dem Fortbestehen, noch in dem Umfange des Heimfallsrechtes etwas geändert; das unterm 24. October 1821 errichtete Testament der Eheleute Oesterebbinghaus war daher nach den damaligen Gesetzen beurtheilt, insoweit, als darin über die Succession in das Colonat ohne Einwilligung des Ober-Eigenthümers verfügt wurde, hinsichtlich des Letzteren ungültig.

Nichts desto weniger muß aber hier untersucht werden, ob etwa das Gesetz vom 21. April 1825 über die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse (Ges. Samml. S. 74.) dem Bauer eine freiere Disposition über das dem Heimfallsrechte unterworfene Gut gestattet hat, denn den Eheleuten Oesterebbinghaus stand bei Errichtung ihrer letztwilligen Verordnung über das Colonat nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zu Willenserklärungen bezieht, entgegen, es fehlte ihnen nur die Dispositionsbefugniß über das Colonat. Hob das Gesetz vom 21. April 1825 dieses Hinderniß auf, so wurde die letztwillige Verordnung gültig, da die Ehefrau Oesterebbinghaus erst im Jahre 1832 gestorben ist, und auch deren Ehemann nach der vom Kläger aufgestellten und vom Verklagten nicht bestrittenen Behauptung die Publication jenes Gesetzes erlebt hat.

(A. L. R. I. 12. §. 13. u. Tit. 5. §. 58. u. folg.)

Die Frage nun, ob das Gesetz vom 21. April 1825

Digitized by Google

dem Besitzer eines mit dem Heimfallsrechte belasteten Gutes eine freiere Disposition über selbiges gestatte, ist bekanntlich sehr bestritten, und meistentheils von den Gerichtshöfen, so auch im vorliegenden Falle vom judex a quo, und, wie es scheint, auch in dem an das Pupillen-Collegium zu Münster erlassenen Ministerial-Rescripte vom 20. August 1834, bejahet worden, muß aber m. E. verneint werden.

Jenes Gesetz bestimmt nämlich im §. 37.:

„das Heimfallsrecht dauert in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, auch fernerhin fort. So lange ein solches Heimfallsrecht unabgelöset besteht, wird das demselben unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden."

So unzweifelhaft diese Vorschrift, insbesondere mit Rücksicht auf die bekannte Declaration derselben vom 24. Novbr. 1833 (Ges. Samml. S. 292.) an und für sich betrachtet die Absicht des Gesetzgebers ergibt, das Heimfallsrecht in dem vor der Fremdherrschaft bestandenen vollen Umfange fortbestehen zu lassen, so zweifelhaft wird selbige auf den ersten Blick bei einer Vergleichung mit den Bestimmungen der §§. 22 und folg. — Diese setzen fest:

§. 22. Ein Besitzer, welcher sich nur des nutzbaren Eigenthums erfreuet, darf dasselbe weder veräußern ꝛc. außer unter nachstehenden Bedingungen:

§. 23. Zu Veräußerungen unter Lebendigen ist die Einwilligung des Ober-Eigenthümers erforderlich ꝛc.

Digitized by Google

§. 24. Der Ober-Eigenthümer kann die Einwilligung nur in folgenden Fällen versagen:

a) wenn der Erwerber des Grundstücks ꝛc. unfähig ist, dem Gute gehörig vorzustehen;

b) wenn auf dem Gute ein noch nicht abgelöstes Heimfallsrecht besteht, und

c) wenn der Erwerber des Grundstückes nicht bäuerlichen Standes ist.

§. 25. Ist die Veräußerung ohne Einwilligung des Ober-Eigenthümers geschehen, so kann Letzterer ꝛc. darauf antragen, daß der unfähige Besitzer wiederum entsetzt ꝛc. werde.

§. 26. ꝛc.

§. 27. Ist das Gut in einer letztwilligen Verordnung einem unfähigen Besitzer beschieden und gehört derselbe zu den nächsten gesetzlichen Erben des Verstorbenen, so kann der Ober-Eigenthümer nur die Bestellung eines tüchtigen Wirthes verlangen.

§. 28. Ist aber der in einer solchen Verordnung ernannte unfähige Besitzer keiner von den nächsten gesetzlichen Erben, so kann der Ober-Eigenthümer verlangen, daß das Gut innerhalb Jahresfrist an einen tüchtigen Besitzer gebracht werde."

Fast in sämmtlichen ergangenen Erkenntnissen und Berichten der Untergerichte sind diese Vorschriften als dem §. 37. völlig widersprechend angesehen und das mit Recht, sobald man dem Besitzer des mit dem Heimfallsrechte belasteten Guts zugesteht, über selbiges nach den §§. 22. und folgende zu disponiren.

Den Gesetzgeber des Widerspruches zu beschuldigen,

Digitized by Google

dürfte jedoch das letzte Mittel bei Interpretation eines Gesetzes seyn, und m. E. ist jener Widerspruch nicht vorhanden.

Die §§. 25. und folgende bestimmen nämlich meiner Ansicht nach nur die Rechte des Ober-Eigenthümers, wenn der Bauer in den sub a. und c. des §. 24. gedachten Fällen über das Gut disponirt, nicht aber für den sub b. ibid. gesetzten Fall, wenn auf dem Gute noch das Heimfallsrecht haftet.

Es geht dies

I. nicht undeutlich schon aus den Worten jener Gesetze hervor, die stets nur von dem Rechte des Ober-Eigenthümers für den Fall reden, wenn das Gut an eine unfähige Person abgetreten worden. — Im §. 24., der die Fälle aufzählt, in denen der Ober-Eigenthümer den Consens zur Veräußerung versagen darf, mußte freilich auch des Falles gedacht werden, wenn auf dem Gute noch das Heimfallsrecht hafte. Einer Bestimmung darüber, welche Folgen eine in diesem Falle ohne Consens vorgenommene Veräußerung habe, ob der Besitzer ohne Consens über das Gut letztwillig disponiren dürfe, wenn darauf der Heimfall laste, bedurfte es aber in den §§. 25. und folgenden um so weniger, als diese sich schon aus dem §. 37., der sedes materiae, ergab. Denn:

dauert das Heimfallsrecht in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, auch fernerhin fort, so tritt es auch ein, wenn das Gut ohne Consens des Ober-Eigenthümers einem Dritten überlassen wird, dem es vor der Fremdherrschaft ohne jenen Consens nicht hinterlassen werden

Digitized by Google

konnte, oder es ist nicht das vor jenem Zeitpunkte bestandene Heimfallsrecht, und hätte der Gesetzgeber dieses frühere Heimfallsrecht nicht bei Abfassung des §. 37. im Auge gehabt, so würde er sich nicht des Ausdruckes bedient haben, „das Heimfallsrecht dauert fort.“

Für die Richtigkeit der obigen Ansicht sprechen ferner noch folgende m. E. überzeugende Gründe:

II. Nach §. 24 cit. darf der Ober-Eigenthümer den Consens zur Veräußerung untersagen:

a) wenn der neue Erwerber unfähig ist, dem Gute gehörig vorzustehen;

b) wenn auf dem Gute noch das Heimfallsrecht haftet.

Sollte nun eine in dem sub b. gedachten Falle vorgenommene Veräußerung, in welche der Ober-Eigenthümer nicht eingewilligt hat, von diesem nur dann angefochten werden können, wenn an einen zur Bewirthschaftung des Guts Unfähigen veräußert ist, so hätte die Vorschrift sub b. §. 24. dahin lauten müssen:

„Wenn auf dem Gute ein noch nicht abgelöstes Heimfallsrecht haftet, aber auch in diesem Falle nur dann, wenn an eine Person veräußert wird, die unfähig ist, dem Gute gehörig vorzustehen;“

es wäre also sub b. nur eben das bestimmt, was schon sub a. bestimmt war. Eine derartige Disposition liegt nun aber sub b. nicht vor. Die Folgen, welche bei einer nicht consentirten Veräußerung in dem sub b. gedachten Falle eintreten, müssen daher andere seyn, als die, welche bei einer solchen Veräußerung in dem sub a. angeführten Falle eintreten. Vergebens aber sucht man

Digitized by Google

im Gesetze nach jenen andern Folgen, wenn sie nicht im §. 37. cit. enthalten sind.

III. Auch aus der Bestimmung des §. 37.: „daß das Gut, so lange das Heimfallsrecht nicht abgelöset ist, nach den vor Erlassung der fremden Gesetze bestandenen Grundsätzen vererbt werden solle," folgt ja, daß es sowohl per testamentum, als ab intestato nicht nach andern Grundsätzen vererbt werden kann.

IV. Hätte ferner der Gesetzgeber in den §§. 24. bis 30. cit. den Besitzern der dem Heimfallsrechte unterworfenen Gütern gestatten wollen, selbige jedem beliebigen, zur Bewirthschaftung fähigen, Erwerber zu hinterlassen, so würde, wie schon oben bemerkt, das Recht des Ober-Eigenthümers in den meisten Fällen nur in einer Präferenz vor dem Rechte des Fiscus, das Gut als bonum vacans, einzuziehen, bestanden haben. Für die Ablösung eines solchen Rechtes wäre aber der Ablösungspreis, nämlich eine jährliche Rente ad 2% vom Reinertrage des Gutes, enorm gewesen; und wie hätte es einem Bauer einfallen mögen, ein Recht und zwar zu diesem Preise abzulösen, welches er ohne Ablösung jeden Augenblick durch Errichtung einer letztwilligen Disposition, oder eines Vertrages vereiteln konnte.

V. Was sollte endlich, wenn man der obigen Interpretation nicht beitritt, vernünftiger Weise die Bestimmung der Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829 §. 75. (Ges. Samml. S. 65 folg.):

„Der Ober-Eigenthümer dürfe die Ablösung des Heimfallsrechtes verweigern, wenn das Gut nur noch auf vier Augen stehe."

Digitized by Google

Der Besitzer hätte ja bei einer solchen Weigerung sofort das Gut einem zur Bewirthschaftung desselben fähigen Erwerber abtreten können.

Daß jene Vorschrift übrigens seit Kurzem auf Antrag der Westphälischen Provinzialstände aufgehoben worden,

(vergl. Ges. Samml. pro 1835 S. 53.)

erscheint hier, wo von der Existenz derselben nur auf die Absicht des Gesetzgebers geschlossen wird, gleichgültig.

Das Heimfallsrecht und das damit auf das innigste verknüpfte Verbot, der Colon dürfe ohne Consens des Ober-Eigenthümers nicht über das Gut disponiren, bestand demnach auch beim Tode der Ehefrau Oesterebbinghaus nach den Grundsätzen der Osnabrückischen Eigenthums-Ordnung fort, und die letztwillige Disposition vom 24. October 1821 blieb rücksichtlich des Klägers ungültig.

Digitized by Google

XXXVII.

Ueber den Begriff des Compromißvertrages und über die persönliche Fähigkeit zum Schiedsrichteramte.

(A. G. O. Thl. I. Tit. 2. §§. 167—176. Anhang zur A. G. O. §. 41.)

Abhandlung

vom

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **von der Hagen**

zu Hamm.

Während unsere Gesetze oft durch Häufung einzelner, anscheinend nach widerstreitenden Grundsätzen entschiedener Fälle den Juristen in Verlegenheit setzen, wenn es sich darum handelt, die Principien eines Rechtsinstituts aus ihnen zu entwickeln, finden sich andere Materien so dürftig behandelt, daß ihre vorübergehende Erwähnung kaum einen Anhaltspunkt für die wissenschaftliche oder praktische Bearbeitung gewährt.

Zu den Lehren der letzteren Art gehört auch die, von der Beilegung eines Rechtsstreits durch schiedsrichterliche Entscheidung. Zwar äußert das Compromiß auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse keinen geringeren

Digitized by Google

Einfluß als der Vergleich, dennoch hat dasselbe in demjenigen Gesetzbuche, welches das System unseres materiellen Rechts umfaßt, keine Stelle gefunden. Es theilt mit mancher anderen Lehre das Schicksal, in die Prozeßordnung verwiesen zu seyn. Diese widmet dem Compromisse wenige Paragraphen; die andere Seite des Geschäftes, welche die Rechtsverhältnisse zwischen den Partheien und dem Schiedsrichter begreift — das s. g. receptum — findet sich nicht einmal ausdrücklich erwähnt, und überhaupt manche, das Wesen des Instituts berührende Frage nicht beantwortet.

Vielleicht lag die Veranlassung hierzu in der seltneren Anwendung, die von der schiedsrichterlichen Entscheidung eines Rechtsstreites unter uns gemacht wird, wiewohl dieselbe in gewissen Fällen von den Gesetzen als Regel vorgeschrieben, ja wohl gar für nothwendig erklärt ist. Da Fälle, welche das wirkliche Leben hervorbringt, besonders geeignet sind, den in den Gesetzen weniger entwickelten Inhalt eines Rechtsgeschäfts zu erschließen, wollen wir einen solchen zum Ausgangspunkt für die, in der Ueberschrift angedeutete Betrachtung wählen, ohne uns grade auf die Beurtheilung desselben zu beschränken.

In dem Pachtcontracte über ein Landgut war bestimmt worden, daß Streitigkeiten, welche aus dem Pachtverhältnisse entstehen möchten, durch Vermittlung und definitive Entscheidung zweier Freunde beseitigt werden sollten. Von diesen sollte jeder Theil einen zu wählen berechtigt seyn, die Erwählten sollten gemeinschaftlich einen

Digitized by Google

Obmann ernennen; und durch das, was von diesen Personen erkannt werden würde, wollten beide Theile sich gänzlich zufrieden stellen lassen.

Beim Ablaufe der Pachtzeit entstand Streit über die Rückgewähr. Der Verpächter wurde vor dem ordentlichen Richter klagbar. Auf den Einwand des Pächters wiesen ihn jedoch drei gleichlautende Urtheile zurück, und zur Verhandlung der Sache in dem vertragsmäßig festgesetzten schiedsrichterlichen Verfahren.

Differenzen, welche nunmehr über die Einleitung dieses Verfahrens entstanden, führten abermals zum Prozesse.

Der Verpächter wählte nämlich seinerseits einen Rechtsverständigen zum Schiedsrichter, der ihm als Consulent in dieser Angelegenheit, und als Mandatar im Vorprozesse bedient gewesen, welcher die Wahl auch annahm. Ohne die Wahl des Gegners zu genehmigen, suchte der Pächter auch seinen bisherigen Rechtsfreund, den er dem Gegner als von ihm gewählt bezeichnete, zur Uebernahme dieses Amtes zu bewegen. Dieser lehnte dasselbe indessen ab, weil er es mit seiner früheren Stellung unvereinbar hielt. Ueberzeugt durch dessen Gründe widersprach jetzt auch der Pächter der Wahl des Verpächters, weil sie auf eine ungeeignete Person gefallen sey, und ernannte zwar von seiner Seite einen anderen Schiedsrichter, zeigte jedoch dem Verpächter an, daß dieser die Verhandlungen erst beginnen werde, wenn auch er ein qualificirtes Subject bestellt haben würde.

Der Verpächter klagte jetzt auf Erfüllung des Compromißvertrages, den er selbst durch die Wahl seines

Digitized by Google

Mandatars erfüllt zu haben behauptete, und verlangte: daß der Pächter verurtheilt werde, binnen einer angemessenen Frist zu bewirken, daß der von ihm gewählte, oder anderweit zu wählende, Schiedsrichter sich, in Gemeinschaft mit dem, von ihm ernannten, der Wahl eines Obmanns und Entscheidung der Sache unterziehe.

Dieser Klage opponirte der Pächter den Einwand des nicht gehörig erfüllten Vertrages, und trug darauf an, daß sie als zu frühzeitig angestellt zurückgewiesen werde, weil der Kläger selbst eine geeignete Wahl noch nicht getroffen habe.

Seine Einrede gründete der Verklagte theils auf die Behauptung, daß es der vom Kläger ernannten Person an den, zur Beurtheilung des Streits erforderlichen landwirthschaftlichen Kenntnissen fehlte; theils und vornämlich aber darauf: daß dies Amt eines Schiedsrichters — wie dies auch der Vertrag voraussetze, und durch die Bezeichnung „Freunde“ zu erkennen gebe — einen Mann erfordere, zu dessen unpartheiischer Gesinnung beide Theile Vertrauen hegen könnten, wogegen es von selbst spreche, daß er einen solchen in dem Anwalde des Gegners nicht erblicken könne, der ihm in der nämlichen Rechtsangelegenheit bereits feindlich gegenüber gestanden habe, und der selbst als Zeuge in dieser Sache nicht würde auftreten können.

Der Kläger suchte dagegen seine Wahl durch folgende Gründe zu rechtfertigen. Das Gesetz — so führte er aus — beschränke die Wahl der Partheien nirgends, es fordere auch nirgends Unpartheilichkeit als unbedingt nothwendige Eigenschaft eines Schiedsrichters, ja es scheine

Digitized by Google

die Ernennung eines, der früher Mandatar einer Parthei gewesen, in dem § 26. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. zwar beiläufig, aber unzweideutig zu billigen. Der Vertrag aber, lege ausdrücklich jedem Theile das Recht bei, einen Schiedsrichter, und zwar einen Freund zu wählen. Der Verklagte wolle deßhalb mit Unrecht den klägerischen Rechtsfreund verwerfen, da ihm überhaupt keine Stimme bei der Wahl des Klägers, und kein Recht der Verwerfung zustehe. Dies könne um so weniger bezweifelt werden, als es auch dem Verklagten freistehe, seinen Rechtsfreund, oder welchen seinem Interesse ergebenen Mann sonst, zu benennen; wo dann die beiderseits etwa statt findende Partheilichkeit durch einander, und durch die Mitwirkung des gemeinsam erwählten Obmanns, sich ausgleichen werde. — Den angeblichen Mangel landwirthschaftlicher Kenntnisse beseitigte der Kläger dadurch, daß eine specielle technische Kenntniß nicht erfordert werden könne, eine generelle Bekanntschaft aber auch mit diesem Geschäftszweige bei einem Juristen, der als Sachwalter bei einem Obergericht fungire, vorauszusetzen sey.

Die beiden Senate des Ober-Landesgerichts zu M—, denen der Fall zur Entscheidung vorlag, sprachen im entgegengesetzten Sinne. Der erste Senat für den Kläger, weil durch Gesetz und Vertrag die Wahl freigegeben sey, und dem Verklagten kein Recht, die des Klägers zu verwerfen zustehe. Der zweite Senat in appellatorio für den Verklagten, von der Annahme ausgehend, daß Unpartheilichkeit, die beim Sachwalter nicht statt finden könne, ein unerläßliches, in der Natur der Sache begründetes Erforderniß eines Schiedsrichters sey. Wie der

Digitized by Google

Fall vom Königl. Geh. Ober-Tribunal in der Revisionsinstanz, in welche er vom Kläger gebracht wurde, entschieden worden, haben wir nicht erfahren.

Das unmittelbare Rechtsgefühl — wenn wir dieses um Rath fragen — wird die Sache sogleich zu Gunsten des Verklagten entscheiden. Beim ersten Anblick scheint dies so sehr durch sich selbst klar, daß es keiner weiteren Begründung bedürfen könnte. Das Urthiel des Juristen soll sich indessen nach objectiven Gründen bestimmen; und deren bedarf es auch hier. An den einfachen, durch sich selbst klaren Satz, daß Unpartheilichkeit die erste, unerläßliche Eigenschaft des Schiedsrichters sey, knüpft sich sogleich die Frage: woran dieselbe in concreto erkannt werden möge? bei welcher verschiedene Bedenken hervortreten. Wir dürfen uns nur erinnern, daß z. B. das römische Recht Personen, die in einem noch näheren Verhältnisse zur Sache oder zu einer der Partheien standen, als der Sachwalter, gleichwohl zum Schiedsrichteramte zuließ, daß das gemeine deutsche Recht ihm hierin folgt, und daß die römischen Juristen selbst die Frage nicht mit Stillschweigen übergingen, ob jemand auch sein eigener Schiedsrichter seyn könne?

Der Autorität des natürlichen Rechtsgefühls scheint also hier die des römischen und gemeinen Rechts, in denen wir geschichtlich eine Quelle auch des unsrigen erkennen, gegenüber zu treten. Weicht nun unser Recht von den Grundsätzen dieser Rechte ab? enthält es über die Qualification zum Schiedsrichteramte nähere Bestimmungen? und wenn nicht: woher sind die Principien,

Digitized by Google

für die Beurtheilung zu entnehmen? — Der Prüfung dieser Frage werden wir uns nicht entziehen können.

Die einzige Stelle, welche im Allgemeinen von den Personen handelt, deren Wahl zum Schiedsrichteramte statthaft ist, ist der §. 169. Tit. 2. Thl. I. A. G. O. Sie verordnet:

„Zu Schiedsrichtern können sowohl Personen, welche ein richterliches Amt bekleiden, als andere Personen gewählt werden, welche die zur Entscheidung des Rechtsstreites erforderlichen Kenntnisse besitzen,"

und ihr fügt der §. 41. des Anhanges nur die — aus anderen als privatrechtlichen Rücksichten entspringende — Einschränkung hinzu, daß außer Landes wohnende Personen zu diesem Amte nicht genommen werden sollen. Hiernach scheint es, als ob, mit Ausnahme der erforderlichen Kenntnisse, keine besonderen Eigenschaften bei einem Schiedsrichter vorausgesetzt werden, vielmehr den Partheien die unbeschränkte Wahl zustehe. Worin übrigens die „erforderlichen" Kenntnisse näher bestehen müssen? und auf welchem Wege deren Vorhandenseyn constatirt werde? — diese Fragen entscheidet das Gesetz so wenig als die, ob und aus welchen Gründen, bei gegenseitig zu treffender Wahl, der einen Parthei das Recht zustehe, das, von der anderen gewählte Subject zu verwerfen.

Wo das Gesetz eine Frage unentschieden läßt, da soll der Jurist dieselbe nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Digitized by Google

und der Analogie ähnlicher Fälle beantworten.[1]) Aber welche allgemeine Rechtsgrundsätze die Norm abgeben müssen, welche Fälle es seyen, die eine wahrhafte Analogie darbieten, das kann überhaupt nur aus der Natur und Eigenthümlichkeit des vorliegenden Rechtsgeschäfts entnommen werden.

Das Compromiß ist ein Vertrag, durch welchen die Partheien sich gegenseitig verbindlich machen, einen zwischen ihnen obwaltenden Rechtsstreit der Erörterung und Entscheidung eines Dritten zu unterwerfen. So ist der Begriff im gemeinen Rechte aufgestellt worden,[2]) so wird er in unseren Gesetzen zum Grunde gelegt.[3])

Das Compromiß ist also ein Mittel, einen Rechtsstreit außergerichtlich durch Uebereinkunft beizulegen, und kann in so fern als eine Art des Vergleichs betrachtet werden,[4]) von welchem es sich jedoch wieder um dadurch

---

[1]) §. 49. Einl. zum A. L. R.

[2]) Arbitri sunt, qui nullam potestatem habentes, cum consensu litigantium in judices eliguntur, in quos compromittitur, ut eorum sententiae stetur C. 33. c. 2. quaest. 6. — Voet. Comm. lib. IV. tit. VIII. §. 3. — Hellfeld, jurispr. forensis §. 477. — Glück's Erläut. §. 477. — Thibaut System. (6. Ausg.) §. 926. — v. Wening-Ingenheim §. 279. — Dissert. synoptica de arbitris compromissariis cap. 5. §. 2. in Lauterbachii disputat. acad. Tübigensibus Vol. IV. No. 1.

[3]) §. 167. Tit. 2. Thl. I. A. G. O.

[4]) Glück §. 477. — Grävell Comment. zum A. G. O. §. 122. — Voet. l. c. §. 5.

Digitized by Google

unterscheidet, daß die Uebereinkunft der Partheien die streitigen Rechte ihrem Inhalte nach nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar dadurch bestimmt, daß ein zu diesem Endzwecke erwählter Dritter die Sache untersuchen, und was Recht unter den Partheien sey, finden und aussprechen soll. Hierin bietet die Beseitigung eines Rechtsstreites durch Compromiß andererseits eine Analogie mit der Entscheidung durch richterliches Urtheil dar.[5])

Ohne Zweifel ist hierin der Grund zu suchen, warum ursprünglich im römischen Rechte das Geschäft selbst dann, wenn das Urtheil des Schiedsrichters gesprochen war, auf das streitige Rechtsverhältniß keinen directen Einfluß ausübte. Die sententia arbitri konnte, als der Ausspruch eines Dritten, dem nicht die Kraft einer res judicata beiwohnte, durch sich selbst nicht Recht unter den Partheien machen, noch eine Verbindlichkeit für dieselben begründen. Die eigene Uebereinkunft der streitenden Theile aber, sich den Spruch gefallen zu lassen — arbitri sententiae stare — drückte den Inhalt dessen, was als Recht gelten sollte, nicht aus, weil dieser erst durch den arbiter zu finden war. Der Compromißvertrag hatte also das Rechtsverhältniß selbst noch nicht bestimmt, und die zur Klagbarkeit erforderliche strenge Form der stipulatio ließ eine Verpflichtung zu dem, in Natur und Umfang noch völlig Unbestimmten, der

---

[5]) Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur l. 1. D. h. t. (de receptis et qui arbitrium receperunt.)

Digitized by Google

überhaupt der Geist des römischen Rechts widerstrebte, nicht zu. Eine Klage auf Ausführung dessen, was der arbiter für Recht erkannt hatte fand deßhalb auch dann nicht statt,[6]) wenn die Partheien sich der stipulatio bedient hatten, selbst der Regel nach nicht einmal eine Einrede in der Hauptsache,[7]) die Klage aus der Stipulation ging vielmehr auf eine der Uebereinkunft beigefügte poena.[8]) War das Compromiß

---

[6]) l. 1. C. h. t.

[7]) l. 2. C. h. t.

[8]) Durch sie fand das Recht, welches der arbiter gesprochen hatte, nur indirecten Schutz. Ihre Beifügung war in so fern nothwendig, als wenn sie unterblieben, oder nicht gehörig geschehen war, der arbiter aus dem receptum zum Spruche nicht gezwungen werden konnte. l. 11. §. 2—5. l. 32. §. 1—3. D. h. t. War er aber bereit zu sprechen, so machte der Mangel der poena das Geschäft unter den Partheien noch nicht ganz wirkungslos. l. 27. §. 7. D. h. t. Die Wirkungen des Geschäfts bestimmten sich also nach älterem Rechte nach Verschiedenheit der Fälle verschieden. War 1) das Compromiß durch Stipulation eingegangen, und von beiden Seiten eine poena bestimmt, so entsprang aus demselben eine Klage auf Erlegung der Strafe, sonst aber in der Sache selbst weder eine actio noch eine exceptio l. 2. l. 21. §. 12. l. 27. §. 6. D. l. 1. C. h. t. Dies hieß dictae sententiae executio l. 33. §. 6. §. 8. D. h. t. Daher stand es der Parthei frei, des Compromisses ungeachtet, vor oder nach Entscheidung des arbiter die Sache an den ordentlichen Richter zu bringen, welches nur die Folge hatte, daß die Strafe erlegt werden mußte. 2) War das Com-

Digitized by Google

durch ein bloßes pactum eingegangen, so hatte der Verklagte der Regel nach zwar eine Einrede, jedoch nicht eigentlich aus dem Compromißvertrage selbst, sondern mittelst einer sich daran knüpfenden Fiction, als habe er gleichsam durch Vertrag sich zu dem bekannt, was der Schiedsrichter gesprochen hatte — tutus est veluti pacti exceptione — dagegen aber entsprang für den Angreifenden aus dem Compromisse und dem, für ihn günstig ausgefallenen Spruche keine Klage. Erst Justinian gab in diesem letzteren Falle, und zwar nur dann, wenn

---

promiß zwar durch Stipulation eingegangen, aber eine poena nicht bestimmt, sondern nur simpliciter versprochen, die Sentenz zu befolgen, so fand, wenn der arbiter zu sprechen bereit war, gegen den Nichtgehorchenden eine actio incerti auf das Interesse statt, und eben so wenn eine summa incerta als Strafe stipulirt war. l. 27. §. 7. l. 28. D. h. t. 3) War das Compromiß mittelst eines bloßen pacti eingegangen, so konnte der arbiter nur dann zu urtheilen gezwungen werden, wenn der Streitgegenstand, oder die poena in seine Hände geliefert war, damit er ihn dem Obliegenden einhändige, oder wenn die Partheien, welche in anderer Beziehung wechselseitig Schuldner und Gläubiger von einander waren, pacta de non petendo für den Fall des Nichtgehorsams geschlossen hatten. l. 11. §. 2—3. D. h. t. 4) Sprach aber der arbiter, ohne daß dies geschehen war, freiwillig, so stand demjenigen, der dem Spruche zuwider belangt wurde, eine exceptio veluti pacti, dem aber, der, auf den Spruch gestützt einen Anspruch hätte geltend machen müssen, keine Klage zu. l. 13. §. 1. D. l. 5. C. h. t.

Digitized by Google

die gesprochene Sentenz schriftlich, oder durch zehntägiges Stillschweigen gebilligt war — s. g. laudum homologatum — eine actio in factum auf Erfüllung des Spruches, wogegen, wenn derselbe nicht homologirt, sondern binnen dieser Frist dagegen Widerspruch erhoben war, weder eine actio noch eine exceptio stattfinden sollte.[9]) Im Falle einer Stipulation änderte die Justinianische Gesetzgebung nichts, hier aber blieb es beim alten Rechte. Immer also tritt als die Grundansicht des römischen Rechts hervor, daß der Compromißvertrag und die sententia arbitri auf das streitige Rechtsverhältniß selbst nicht bestimmend einwirken, eine solche Wirkung vielmehr nur aus einem wirklichen oder fingirten Anerkenntnisse des gefällten Spruchs resultiren kann, welche aber stets nur da, in vollerem oder beschränkterem Maaße ergänzend, eintritt, wo nicht eine, durch Stipulation festgesetzte poena dem Geschäfte einen indirecten Schutz verleiht.

Die gemeinrechtliche Praxis giebt aus dem Compromisse, und dem in Gemäßheit desselben vom Schiedsrichter gefällten Spruche eine actio in factum oder ex compromisso, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe homologirt worden oder nicht; der Klage, welche auf Erfüllung der Sentenz geht, kann man jedoch

---

9) l. 5. C. h. t. Die Bestimmung, welche Justinian früher für den Fall erlassen hatte, wenn sub juramento compromittirt worden war, fiel durch das spätere Verbot dieser Art des Compromisses in Nov. 82. c. 11. von selbst fort.

Digitized by Google

durch Erlegung der etwa beigefügten poena ausweichen.[10]) Der Grund, den man hierfür anzugeben pflegt: „weil bei uns schon ein bloßes pactum verbinde, wie bei den Römern eine Stipulation,“[11]) ist aber offenbar nicht der wahrhafte. Denn hieraus würde nur folgen, daß die actio ex compromisso gleich der römischen actio ex stipulatu auf die beigefügte poena, oder, in deren Ermangelung, auf das Interesse gehen müsse, sie würde aber, wenn man im Uebrigen bei den römischen Grundsätzen festgehalten hätte, nicht auf Befolgung des Spruches gerichtet werden können; wie sie im römischen Rechte selbst dann, wenn eine stipulatio vorhanden war, nicht hierauf gerichtet werden konnte. Der wahre Grund liegt also in einer veränderten Rechtsansicht.[12])

Dieser schließt sich auch unsere Gesetzgebung an, indem sie die Execution des rechtskräftig gewordenen Spruches durch den ordentlichen Richter zuläßt.[13]) Der Fall, wo dem Compromisse eine Conventionalstrafe hinzugefügt worden, ist nicht erwähnt, also nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Diesen zufolge würde die Erlegung der Strafe den Unterliegenden von der Befolgung des Spruches der Regel nach nicht befreien, sondern nur dann, wenn sie ausdrücklich als Wandelpön,

---

[10]) Glück §. 482. 483.

[11]) Glück §. 482. Thibaut §. 932.

[12]) Diese ließ in den römischen Rechtsquellen den Grundsatz des gemeinen Rechts finden, der aber nicht in demselben enthalten ist.

[13]) §. 176. Tit. 2. Thl. I. A. G. O.

Digitized by Google

oder für den Fall des gänzlichen Rückgängigwerdens des Geschäftes bedungen worden wäre.[14])

Durch die geschichtliche Umbildung, welche das Institut rücksichtlich der Art seiner Wirksamkeit erfahren hat, werden also bei uns die streitigen Rechtsverhältnisse selbst, und, was ihren Inhalt anbetrifft, gar nicht unmittelbar durch den Compromißvertrag, aber mittelbar durch den, in Gemäßheit desselben gefällten, Ausspruch des Schiedsrichters bestimmt. Das Compromiß stellt sich daher als dasjenige wirklich dar, was es seinem Begriffe nach wirklich seyn soll, als ein Medium zwischen dem Vergleiche und der Beseitigung des Rechtsstreites durch richterliches Urtheil im Wege des Prozesses. Auch beiden nimmt das Compromiß wesentliche Momente in sich auf, und seine Eigenthümlichkeit, als besonderes Institut besteht in der Vereinigung und Durchdringung derselben.

Geht man nämlich von der rechtlichen Absicht der Partheien aus, so will sie die wesentlichen Vortheile beider Behandlungsweisen eines streitigen Rechts vereinigen. Die obwaltende Differenz soll — wie beim Vergleiche — durch gütliches Uebereinkommen auf einfachere Weise beendigt; es sollen die concreten Verhältnisse und die mit ihnen zusammenhängenden individuellen Interessen der Partheien eine schonendere Berücksichtigung erfahren, als das Urtheil des ordentlichen Richters ihnen zu Theil werden lassen kann, welcher den förmlichen Rechtsgang voraus-

---

[14]) S. 311—313. Th. 5. Thl. I. A. L. R.

Digitized by Google

setzen, und deßhalb auch nur das, was aus diesem resultirt, förmliches Recht, aussprechen muß.[15]) Auf der anderen Seite soll es aber nicht dem Zufalle und dem Wechselspiele der collidirenden Interessen überlassen bleiben, ob diese in einer Uebereinkunft über den näheren Inhalt des Rechtsverhältnisses zusammentreffen, und wie dieser durch wechselseitiges Nachlassen seine Bestimmung empfangen werde. Diese Zufälligkeit, der die Beilegung des Rechtsstreites durch Vergleich vornämlich rücksichtlich des Inhaltes unterliegt, soll hier entfernt, es soll das Wesen des gegebenen Rechtsverhältnisses ins Licht gestellt, aufrecht erhalten, und — wie durch richterliches Urtheil im Prozesse — darnach festgesetzt werden, wozu ein Theil dem anderen verbunden sey.

Das Compromiß enthält also die Uebereinkunft der Partheien im Allgemeinen: daß ihr Streit nach Recht und Billigkeit ausgeglichen werden solle. An sich ist hiermit der Rechtsstreit schon im Voraus durch den Vertrag selbst beigelegt; die feindliche Stellung, welche den förmlichen Prozeß bedingt, ist aufgegeben. Hierin ist das Compromiß Vergleich. Was aber unter den obwaltenden Verhältnissen recht und billig sey? über diese Frage, welche sich für die Partheien noch nicht in concreto festgestellt hat, ist die Verschiedenheit der Ansicht geblieben, welche bedingt ist, durch die Verschiedenheit des Interesse's. Das Auffinden des entsprechenden Inhaltes, den die nur allgemein gefaßte Uebereinkunft erhalten muß, um sich als wirkliche geltend zu

[15]) Voet. l. c. §. 1.

Digitized by Google

machen, überlassen sie dem, durch solches Interesse nicht bestimmten Urtheile eines Dritten. Seinem Ausspruche haben sie im Voraus ihre Zustimmung ertheilt, denn er löst nur eine Aufgabe, die in ihren Bedingungen bereits determinirt ist, durch die gegebenen Verhältnisse einerseits, und durch den ausgesprochenen Willen der Partheien andrerseits, daß sie nach Recht und Billigkeit geordnet werden. Das laudum gilt also als der Wille der Partheien, welcher mittelst desselben dem, im Streite befangenen Verhältnisse eine bestimmte rechtliche Gestalt gegeben hat. Dies erkennt unser Recht darin an, daß es die Execution des Spruches — der seine Kraft nicht durch öffentliche Autorität des Schiedsrichters, sondern lediglich durch den verbindlich erklärten Willen der Partheien behaupten kann — zuläßt; im Gegensatze zum römischen Rechte, welches demselben auf das Rechtsverhältniß selbst nur dann einen directen Einfluß gestattet, wenn der Spruch homologirt ist, und welches also den Inhalt, den das laudum dem Compromißvertrage hinzugefügt, noch nicht als im Voraus schon von den Partheien gewollt betrachtet. Bei uns wird die allgemeine rechtliche, bei den Römern die besondere factische Bestimmtheit des, in dem Geschäfte sich aussprechenden Willens der Partheien als das Wesentliche und Wirksame behandelt.

Immer aber liegt es, wie verschieden auch nach diesen verschiedenen Grundansichten die Wirkungen des Instituts sich gestalten mögen, im Begriffe des Compromisses, daß gegen die Sentenz des arbiter keine Berufung noch sonst ein ordentliches Rechtsmittel stattfinden kann;

Digitized by Google

weil, welches auch die Wirkung des Geschäfts ist, dieselbe stets ihren Grund in dem Willen der Partheien findet. Consequenterweise ist dies denn auch sowohl im römischen,[16]) als canonischen Rechte[17]) anerkannt. Weniger folgerecht neigt sich zwar, jedoch keinesweges nach einem allgemeinen und unbestrittenen Gerichtsgebrauche, die gemeinrechtliche Praxis dazu hin, eine außergerichtliche Berufung zuzulassen,[18]) was sich aus der veränderten Wirksamkeit des Instituts, und dem Umstande erklärt, daß man sich, wie oben gezeigt, des wahren Grundes derselben nicht vollkommen bewußt geworden. Consequenter

---

[16]) l. 32. §. 14. D. l. 1. C. h. t. Der bestimmtere Grund, aus welchem sich diese Consequenz ableitet, ist freilich im röm. Recht eine andere als in dem unsrigen. Er liegt nicht in dem gewöhnlich angeführten Ausspruche des Celsus — non enim differendarum litium causa, sed tollendarum ad arbitros itur l. 37. i. f. D. h. t. — sondern darin, daß im röm. Recht nichts vorhanden war, wogegen die Berufung hätte gerichtet werden können; denn der Spruch hatte, wie gezeigt, weder die Bedeutung noch die Kraft, das Rechtsverhältniß, über welches er erging, zu bestimmen; die poena aber, der sich der Ungehorsame unterworfen hatte, beruhte auf der Vereinigung der Partheien; im Falle der l. 5. C. h. t. endlich erlangte der Spruch nur dadurch Kraft, daß er homologirt wurde, daher auch dieses Gesetz keine Berufung einführte.

[17]) c. 2. c. 4. X. de arbitris. canon 33. causa 2. qu. 6. Daß canon 34. causa 2. qu. 6. nicht entgegenstehe, zeigt Glück §. 482. Not. 53.

[18]) Auf Grund des c. 2. X. de arbitris c. 5. X. de appellat.

Digitized by Google

schließt das preußische Recht die Appellation aus, wenn die Partheien sich bei ihrer Uebereinkunft verpflichtet haben, das Laudum ohne Widerrede gelten zu lassen,[19]) d. h. wenn ein wirklicher, in allen seinen Momenten vollständiger Compromißvertrag vorliegt. Das Besondere liegt hier nur darin, daß diese, zum Begriff des Compromisses wesentliche Bestimmung ausdrücklich erklärt seyn muß; während wenn dieses nicht geschah, die Vereinbarung nur als ein Versuch gilt, die Sache durch den schiedsrichterlichen Ausspruch beizulegen, wo dann erst zehntägiges Stillschweigen nach der Publikation desselben jene, ausdrücklich im Voraus erklärte Zustimmung ersetzt; wohingegen, wenn die beschwerte Parthei sich intra fatale an den Richter wen-

---

19) §. 173. Tit. 2. Thl. I. A. G. O. Gegen solchen Ausspruch findet nur eine Nichtigkeitsbeschwerde statt deren Fälle der §. 172. genau bestimmt. Bei der klaren Vorschrift des §. 173. kann es nicht zweifelhaft seyn, daß es nicht die Absicht der, etwas undeutlichen §§. 174. bis 175. seyn konnte, zu bestimmen, daß der Richter auch im Falle des §. 173. in 2ter Instanz erkennen solle, wenn die Nichtigkeit des Urtheils zwar von der gravaminirenden Parthei behauptet, aber nicht begründet befunden werde, vielmehr muß sich in diesem Falle der Richter darauf beschränken, die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen. Die Undeutlichkeit der §§. 174—173. hat allein darin ihren Grund, daß die Vorschriften über das Verfahren im Falle der Nichtigkeitsbeschwerde, und in dem, der zulässigen Berufung der Kürze wegen in Einen Satz zusammengefaßt wurden. cfr. Grävell §. 123.

Digitized by Google

bt, das laudum nur die Stelle des Urtheils erster Instanz vertreten soll.[20])

Aus dieser rechtlichen Natur des Compromisses entspringt nun die eigenthümliche Stellung, welche der Schiedsrichter den Partheien, und diese ihm gegenüber, einnehmen, in Vergleichung mit der des Richters und der Partheien im ordentlichen Prozesse; nämlich die Regel für die Prozeduren, die er zu beobachten hat, und die Machtvollkommenheit über den Streitgegenstand, welche ihm beigelegt ist.

Rücksichtlich des bei Erörterung der Sache zu beobachtenden Verfahrens wird er zwar im Allgemeinen auf die Vorschriften der Landesgesetze, jedoch nur auf die wesentlichen verwiesen.[21]) Er ist also wofern nicht vertragsmäßig hier ein anderes festgesetzt ist, entbunden von den Beschränkungen welche der förmliche Rechts-

---

[20]) §. 174—175. Tit. 2. Thl. I. A. G. O.

[21]) §. 171. Tit. 2. Thl. I. A. G. O. Die Lehrer des gemeinen Rechts verweisen den Schiedsrichter als Norm seines Verfahrens auf die Prozeßordnung des Landes (Glück §. 481., Thibaut §. 930.), allein die für diesen Satz angeführten Gesetze (l. 1. l. 32. §. 15. D. h. t. und c. 2. X. de arbitris.) enthalten hierüber in der That nichts; und am wenigsten lag es im Geiste des röm. Rechts, dem Schiedsrichter Vorschriften darüber zu machen, welchen Weg er bei Erörterung der Sache einschlagen soll; wohl aber enthielt es über Zeit und Ort der Verhandlung und Entscheidung speciellere Bestimmungen. l. 21. §. 8. §. 10—25. l. 25. p. h. t. l. 27. §. 4—7. D. h. t.

Digitized by Google

gang dem ordentlichen Richter auferlegt. Denn die Nothwendigkeit der Förmlichkeiten für jede im Prozesse vorzunehmende Handlung resultirt aus der feindlichen Stellung der Partheien, welche während der Verhandlung vor dem Richter fortdauert. An diesen wird die Sache durch das einseitige Anrufen des Klägers gebracht, welcher über den Beklagten Beschwerde führt, daß er sein Recht nicht anerkennen wolle, und von dem Richter eine Abänderung des von dem Beklagten behaupteten unrechtlichen Zustandes verlangt. Vor ihm erscheint deshalb der Verklagte nicht aus eigener Bewegung, sondern gezwungen durch die Autorität des Rechts, welche der Richter ausübt, um von seinem Verhalten Red' und Antwort zu geben, sich gegen die Klage zu vertheidigen, und den Angriff zurückzuweisen. Es tritt hier jede Parthei mit der Behauptung auf, daß das Recht auf ihrer Seite, das Unrecht auf der des Gegners sey; und führt der Widerspruch, den jede von der anderen erfährt, für beide die Nothwendigkeit herbei, ihr Recht dem Richter darzulegen, d. h. dasselbe in seinen factischen Momenten zu erweisen, und nach seinen Rechtsgründen zu deduciren; damit jener, was Recht unter den Partheien ist, d. h. was als Recht dargethan wird, für Recht erkenne, und zur Geltung bringe. Die einzelnen Handlungen, welche dieses Resultat — das richterliche Erkenntniß — vorbereiten, müssen also, um dem Zwecke gemäß zu seyn, gewissen ein für allemal vorbestimmten Regeln sich unterwerfen, welche zunächst nur ihre Form bestimmen, da der Inhalt dessen, was Recht unter den streitenden Theilen sey, erst zuletzt in dem Urtheile offenbar wird.

Digitized by Google

Die Regeln des Prozeßverfahrens, welche die Handlungen der Partheien und des Richters leiten, geben dem Streite die rechtliche Form, sie bestimmen die Mittel und Wege, deren jeder Theil sich dem anderen gegenüber bedienen darf, um sein Recht und das Unrecht des Gegners darzulegen, welche allein als rechtliche Mittel den Streit durchzufechten anerkannt werden. Sie stellen zugleich den Richter über den Streit der Partheien, in welchem Recht und Unrecht, durch Urtheil noch nicht von einander geschieden, noch mit gleichen Ansprüchen auftreten, indem Recht als Unrecht, und Unrecht als Recht behauptet wird. So erhalten die Regeln des Prozesses nicht nur die Handlungen der Partheien, deren materielles Verhältniß zum Rechte noch problematisch ist, in äußerer formeller Uebereinstimmung mit demselben, sondern sie bestimmen auch die Art und Weise, wie die Lage der Sache, über die der Richter erkennen soll, zu seiner Kenntniß gelangen möge, so daß das Recht eines jeden nur gilt, sofern es in dieser Form dem Richter dargelegt werden kann. Der Richter erkennt daher nicht absolut, nach Lage der Sache, sondern nur nach Lage der Acten für Recht, der Prozeßgang mit seinen Formen wird hierdurch auch für den Inhalt des streitigen Rechts bestimmend, und der Richterspruch spricht nicht nur das vorhandene Recht aus, sondern er begründet auch Recht unter den Partheien — res judicata facit jus. Es ist das, durch ihre Stellung gegeneinander und vor dem Richter bedingte Recht der Partheien — ihr Prozeßrecht — daß nach jenen Formen verfahren werde, und daß der Richter nicht nach subjectiver Ueberzeugung und

Digitized by Google

zufälliger Privatwissenschaft, sondern lediglich nach objectiven, durch die Prozedur gelieferten, Gründen sein Urtheil fälle.

Die Stellung der Partheien vor dem Schiedsrichter und dessen Stellung gegen sie ist eine ganz verschiedene. Ihre Absicht geht hier dahin, den förmlichen Rechtsgang zu vermeiden. Nicht der einseitige Anruf des einen Theils, der über das Unrecht des Anderen Beschwerde führte, sondern die Vereinigung der Partheien, welche das Bedürfniß, die unter ihnen entstandene Differenz auszugleichen erkannt haben, legt die Erörterung und Entscheidung in die Hände des Schiedsrichters. Es zeigt sich hier das vorhin Bemerkte, daß der Rechtsstreit durch das Compromiß an sich schon beigelegt sey. Mit der freiwilligen Unterwerfung der eigenen Ansicht von dem streitigen Verhältnisse unter ein, nach Recht und Billigkeit zu fällendes Urtheil, hat jeder Theil dem einseitigen Vorurtheile entsagt, daß nur er allein Recht, der Gegner allein Unrecht habe, und dem Verdachte, daß er nicht bloß über das Recht irre, sondern wissentlich sein Unrecht durchsetzen wolle. Die Nothwendigkeit der Förmlichkeiten, welche jeden Schritt im Prozesse regeln müssen, ihr Sinn und ihre Bedeutung fallen hier hinweg. Die äußere Uebereinstimmung mit dem Rechte, welche den Handlungen der Partheien durch jene Formen gegeben werden soll, wird hier ersetzt durch die gegenseitige Bereitwilligkeit einander das Gebührende zu leisten, welche durch freie Uebereinkunft verbürgt ist.

Das Verhältniß der Partheien vor dem Schiedsrichter ist daher ein Verhältniß des Vertrauens,

Digitized by Google

und so sind ihm die Prämissen seines Urtheils nicht als das Resultat einer Reihe förmlicher Handlungen gegeben, so daß er die Lage der Sache nur in der Gestalt auffassen dürfte, wie sie durch solche ihm förmlich demonstrirt werden kann; sondern er ist verwiesen auf das materielle Sachverhältniß, wie es, nach der *Einsicht*, die er sich von demselben zu verschaffen hat, seiner *gewissenhaften Ueberzeugung* sich darstellt. An diese wendet sich das Vertrauen der Partheien, welche ihre eigene Ueberzeugung von der Lage der Sache, seiner unbefangeneren, ihre eigene rechtliche Ansicht seinem uninteressirten Urtheile, unterordnen; und grade darauf ist der *Auftrag*, den er von ihnen empfängt, gerichtet, daß er *ex arbitrio boni viri* die unter ihnen obwaltende Differenz ausgleiche.

Das Verfahren, welches der Schiedsrichter bei der Instruction der Sache zu beobachten hat, dient also lediglich dem Zwecke: die Rechtsgründe der Partheien zu vernehmen und jene gewissenhafte Ueberzeugung von der Lage der Sache zu gewinnen. Die Mittel, deren er sich hierzu zu bedienen hat, sind deshalb, wie der Zweck selbst, schlechterdings individuell, nach den jedesmaligen Umständen verschieden, und können daher auch im Allgemeinen keiner nähern positiven Bestimmung unterworfen seyn. Der Schiedsrichter verfährt vielmehr mit der vollkommensten Freiheit dem Gesichtspunkte gemäß, der ihm in dem Zwecke seiner Handlungen gegeben ist, und in dem jene Freiheit auch allein ihre Gränze findet. Darum enthält sich der §. 171. Tit. 2. der P. O. weislich, sein Verfahren im Einzelnen näher zu regeln, und beschränkt

sich darauf, ihm die Beobachtung der wesentlichen Prozeßvorschriften zur Pflicht zu machen. D. h. er soll bemüht seyn:

„die Wahrheit der, dem Rechtsstreite zum Grunde „liegenden erheblichen Thatsachen auf dem sichersten „und zugleich nächsten Wege zu erforschen.“[22])

Dieser Gesichtspunkt, der als der wesentliche, alle einzelnen Prozeßvorschriften beherrschende, in unserer Gerichtsordnung anerkannt ist, soll also den Schiedsrichter leiten, wie den vom Staate angeordneten Richter. Aber der Weg, den dieser nämliche Gesichtspunkt dem einen wie dem anderen vorgezeichnet, ist dennoch, vermöge der verschiedenen Stellung beider, ein verschiedener. Die einzelnen Prozeßvorschriften bezeichnen dem Richter den Weg, der ihn, bei dem Verhältnisse in welchem die Partheien vor ihm erscheinen, am nächsten und sichersten zu Erforschung des Sachverhältnisses führt. Dieses Detail mit seinen, in den verschiedenen Prozeßarten sich verschieden, aber stets nach gewissen allgemeinen Regeln bestimmenden, Formen, ist dem Richter wesentlich, unter den Voraussetzungen, welche seine Thätigkeit hat. Aus dem nämlichen Grunde aber wird es häufig dem Schiedsrichter unwesentlich seyn, weil das besondere Verhältniß, in welches ihn sein Auftrag zu der Sache und den Partheien bringt, ihm einen näheren und sichereren Weg an die Hand gibt. Die Gränze, welche das Gesetz der Freiheit des Schiedsrichters in Anordnung seines Verfahrens aussetzt, und deren Ueberschreitung dasselbe vernichtet, ist

[22]) §. 10. Einleitung zur P. O.

Digitized by Google

daher auch eine rein negative. Er darf die Partheien nicht ganz ungehört, offenbar erhebliche Thatsachen nicht ganz unerörtert lassen,[25]) d. h. er darf sein Verfahren nicht so einrichten, daß es mit dem leitenden Gesichtspunkt, und dem zu erreichenden Zwecke, in Widerspruch tritt. Wie er dagegen dasselbe dem Zwecke gemäß näher zu bestimmen; wie er die Partheien zu hören, wie er die Thatsachen zu erörtern für nöthig findet, bleibt allein seinem pflichtmäßigen Ermessen nach den jedesmaligen Umständen anheimgegeben. Die Worte des Gesetzes „nicht ganz ungehört" „nicht ganz unerörtert" drücken bestimmt die Absicht aus, die Freiheit des Schiedsrichters innerhalb dieser Gränzen, nicht im geringsten einzuschränken. So wird es z. B. nur von ihm abhängen, ob er die Verhandlungen, die er zur Erörterung der Sache vornimmt, schriftlich oder mündlich führen will, er wird dies nach der Beschaffenheit des Falles,[24]) je nachdem der-

---

[24]) §. 172. No. 1. Tit. 2. P. O.

[25]) Haben die Partheien sich dem laudum nicht im Voraus unbedingt unterworfen, so wird die Freiheit des Schiedsrichters in der Anordnung seines Verfahrens allerdings mit Rücksicht auf die, alsdann bevorstehende Verhandlung der Sache in zweiter Instanz vor dem ordentlichen Richter, einer wesentlichen Einschränkung unterliegen, welche dadurch bedingt wird, daß die schiedsrichterlichen Verhandlungen geeignet seyn müssen, auch diesem zur Grundlage für die Entscheidung zu dienen. Allein dann liegt auch kein wahrer Compromißvertrag, wie ihn der Text allein im Auge hat, vor. Die Rücksicht auf die, den Partheien

Digitized by Google

selbe einfacher oder verwickelter ist, die Instruction sich in einem Acte vollenden läßt, oder mehrfache, zu verschiedenen Zeiten vorzunehmende, Operationen nöthig macht u. s. f., beurtheilen. Eben so wird seine Befugniß, von Amtswegen in den näheren Zusammenhang der Sache einzugehen, nicht denjenigen Beschränkungen unterliegen, welchen dieselbe Befugniß des Richters nach der Prozeßordnung unterworfen ist.[25]) Er wird also, was dem Richter nicht gestattet ist, auch von Thatsachen, welche auf die Sachlage von Einfluß sind, die aber nur in seiner Privatwissenschaft beruhen, bei der Instruction und Entscheidung Gebrauch machen dürfen, weil er in einem Privatverhältnisse zu den Partheien steht, in welches das Vertrauen derselben zu seiner Person ihn gesezt hat, der Richter dagegen in einem öffentlichen, welches ihm zur Pflicht macht, seinen Character als Privatperson, den Partheien gegenüber, nicht hervortreten zu lassen. Der Schiedsrichter wird aus demselben Grunde nicht grade durchaus gebunden seyn an die objectiven Normen, welche dem Richter bei Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Beweismittel, und der Vollständigkeit des Beweises vorgezeichnet sind, der Satz: probatio fit judici wird für

---

auch bei einem eigentlichen Compromisse gegen den Spruch zustehende Nichtigkeitsbeschwerde kann dagegen keinen Grund abgeben, jene Freiheit zu beschränzen, denn bei dieser hat der Richter nur zu untersuchen: ob die Partheien gehört, und die offenbar erheblichen Thatsachen erörtert sind, nicht wie sie gehört, und wie sie erörtert wurden.

[25]) §. 5. Tit. 10. P. G.

ihm in einer ungleich umfassenderen Bedeutung gelten, als für diesen, weil ihm das Sachverhältniß mehr in seiner Unmittelbarkeit vorliegt, und es zuletzt auf seine gewissenhafte Ueberzeugung von der Beschaffenheit desselben ankommt, der, weil sie etwas Individuelles ist, sich keine allgemeinen Regeln vorschreiben lassen; während der Richter nicht einer bloß individuellen, moralischen, sondern seiner juristischen Ueberzeugung folgen soll, die er aus dem formellen Gange des Beweisverfahrens zu schöpfen, und durch objective Gründe zu rechtfertigen hat.

Man kann deshalb der Ansicht Grävell's [26]) nicht beipflichten, welcher eine Lücke in den allgemeinen, das Verfahren des Schiedsrichters betreffenden Vorschriften findet, die er aus den Normen ergänzen will, welche in einem besonderen Falle — bei Assecuranzstreitigkeiten [27]) — den Gang des schiedsrichterlichen Prozesses angeben. Die allgemeine Beobachtung dieser Vorschriften soll, nach der Ansicht dieses Schriftstellers, keinem Zweifel unterworfen seyn, weil sie ihrem Inhalte nach allgemein, und nirgends auf die Besonderheit des Falles bezüglich seyen, der zu ihrer Ausführung Gelegenheit gegeben. Es ist in so fern richtig, daß diese Vorschriften ihrem Inhalte nach allgemein sind, als sie sich dem Gange des gewöhnlichen Prozeßverfahrens bequemen; allein grade um deswillen können sie keine durchgreifenden Regeln für jedes schiedsrichterliche Verfahren bilden, welches sich vielmehr

[26]) Commentar §. 123.

[27]) §. 48 seq. Tit. 30. P. II.

Digitized by Google

individuell, dem einzelnen Falle gemäß zu bestimmen hat, und der Schiedsrichter hat nur pflichtmäßig zu erwägen, wie weit sie ihm zweckdienlich unter den gegebenen Umständen anderer Fälle als Anhaltspunkt brauchbar seyn können. Sie bleiben daher an und für sich nur Regeln für einen besonderen Fall, dessen nicht zu übersehende Eigenthümlichkeit übrigens darin liegt, daß hier die Partheien nicht durch freie Uebereinkunft zu dem schiedsrichterlichen Verfahren geführt werden, vielmehr das Gesetz dasselbe als Regel vorschreibt. Zwar ist es jeder Parthei gestattet, ausnahmsweise auf Entscheidung durch den ordentlichen Richter zu dringen, und die Regel, daß Assecuranzstreitigkeiten in erster Instanz vor Schiedsrichtern zu verhandeln seyen, kommt daher nur zur Anwendung, wenn die Partheien sich ihr stillschweigend unterwerfen, aber es fehlt dieser stillschweigenden Unterwerfung immer noch ein, zum vollständigen Begriffe eines Compromisses wesentliches Moment, nämlich die ausdrückliche Unterwerfung unter den vom Schiedsrichter zu fällenden Spruch (arbitri sententiae stare), welche das characteristische Verhältniß der Partheien zum Schiedsrichter ausspricht, und die Eigenthümlichkeit seiner Stellung und seines Verfahrens bedingt. Darum macht auch in diesem Falle das Gesetz die schiedsrichterliche Verhandlung und Entscheidung nur zu einem Surrogate der ersten Instanz des ordentlichen Prozesses, es gestattet die Appellation gegen den Spruch, wie gegen jedes andere Urtheil, und dies ist der Grund weshalb das Verfahren dem gewöhnlichen Prozeßgange gemäß geregelt, die Zuziehung eines Rechtsgelehrten angeordnet wird u. s. f.

Digitized by Google

Eben so eigenthümlich, und zum Theil noch eigenthümlicher ist das Verfahren in anderen Fällen bestimmt, wo schiedsrichterliche Entscheidung von den Gesetzen für nothwendig erklärt ist.[28])

In demselben Maaße, in welchem das Verfahren des Schiedsrichters sich bei der Instruction des Prozesses freier bewegt, ist ihm auch in der materiellen Beurtheilung des Falles ein größeres arbitrium gestattet, als dem ordentlichen Richter. Es fließt dies ebenfalls aus dem Begriffe des Compromißvertrages, und der dadurch bezweckten Beilegung des Rechtsstreits, welche die wesentlichen Momente des Vergleiches und der richterlichen Entscheidung in sich vereinigt. Der Streit der Partheien ist schon an sich durch die Uebereinkunft beigelegt, daß das zum Grunde liegende Verhältniß nach Recht und Billigkeit bestimmt werden soll. Demselben diese Bestimmung zu geben, darauf lautet der Auftrag des Schieds-

---

28) Z. B. in den Fällen der §§. 6. und 31—34. der Verordnung vom 30. Juni 1834 wegen des Geschäftsbetriebes bei Gemeinheitstheilungen, Ablösungen ꝛc. (Ges. S. p. 96.) durch die darauf bezügliche Instruction vom 12. Octbr. 1835, wo, neben anderen Eigenthümlichkeiten, zwar kein ordentliches Rechtsmittel, wohl aber eine Beschwerde wegen gewisser, ausdrücklich bezeichneter, Mängel stattfindet, deren Verbesserung zum Theil durch die Schiedsrichter, welche gesprochen haben, zum Theil durch eine neu zusammengesetzte schiedsrichterliche Commission erfolgt. (§. 16—18. der Instruction.) — In den Fällen der Gesetze vom 21. April 1825 und der Instruction vom 31. Oct. 1825, des Gesetzes vom 15. Nov. 1811 u. s. f.

Digitized by Google

richters: er soll nicht wie dies der Regel nach die Pflicht des Richters ist, strenges förmliches Recht aussprechen, sondern durch seine Entscheidung zwar den wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses zur Geltung bringen, die Modalitäten aber so bestimmen, wie sie den besonderen Umständen und individuellen Interessen der Partheien angemessen sind, und wie diese selbst sie etwa nach Billigkeit vergleichsweise festsetzen würden, wenn sie den Fall mit der Unbefangenheit eines Dritten zu würdigen vermöchten. Das Vertrauen der Partheien, welches seine Stellung begründet, und ihn zur Entscheidung über eine Angelegenheit beruft, die sie selbst, befangen in ihrem Interesse, nicht mit Gerechtigkeit und Billigkeit zu beurtheilen sich getrauen, überträgt ihm nothwendig auch die Disposition über den Streitgegenstand in dem Maaße, in welchem der Endzweck des Geschäfts es mit sich bringt; und berechtigt ihn, in Vollmacht der Partheien, denselben zwar dem Rechte gemäß, jedoch zugleich ex aequo et bono zu bestimmen. Auch hier hat das Gesetz mit gutem Grunde die Freiheit des Schiedsrichters geachtet; indem es ihn zwar, jedoch nur ganz allgemein, auf die wesentlichen Vorschriften der Landesgesetze, als Norm seiner Entscheidung hinweis't,[29]) ohne ihm jedoch rücksichtlich der Anwendung der gesetzlichen Grundsätze Schranken zu setzen, und dem Spruche als einen nichtigen nur dann die Kraft entzieht, wenn er gegen ein, den vorliegenden Fall ganz klar entschei-

[29]) §. 171. Tit. 2. P. O.

Digitized by Google

deutes Landesgesetz gesprochen hätte.[30]) Denn hier würde er den wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses nicht den Rechten gemäß bestimmen, sondern wider den Zweck des Geschäfts und seines Auftrages handeln. Aber innerhalb dieser Gränze bewegt sich wiederum das

---

[30]) §. 172. Tit. 2. P. O. No. 2. — Wenn die früher (Nota [28]) erwähnte Instruction vom 12. Oct. 1835 unter den Mängeln des schiedsrichterlichen Urtheils, deren Verbesserung verlangt werden kann, auch den Fall aufzählt, wo nicht contra claram legem, sondern nur gegen Grundsätze gesprochen ist, die aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze hervorgehen, oder wo ein Rechtsgrundsatz auf Fälle angewendet worden, für die er nicht bestimmt ist, so ist diese, dem §. 4. Not. 1. des Gesetzes vom 14. Dec. 1833 analoge Bestimmung eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze der §§. 172. 173. Tit. 2. P. O., die in der Eigenthümlichkeit des Falles, für den die gedachte Instruction disponirt, ihre Berechtigung, aber auch ihre Gränze findet. Von allgemeiner Anwendung ist dagegen die Bestimmung des §. 16. Not. 3. der Instruction, wonach der Spruch ungültig ist, soweit er über die Gränzen des Auftrages hinausgeht, also z. B. über Gegenstände mitentscheidet, welche im Compromisse nicht begriffen waren. Dies war im römischen und gemeinen Rechte (l. 21. §. 4. l. 32. §. 32. §. 15. D. h. t. Glück §. 481.) anerkannt, und ergibt sich aus der Natur des Compromisses, weil die Kraft des Spruches nur auf der Vereinbarung ruht. Dasselbe wäre von dem Falle zu sagen, wo der Schiedsrichter, anstatt selbst zu sprechen, sich willkührlich einen Andern substituirt hätte (l. 32. §. 16. D. h. t.), wenn gleich die P. O. dieser Fälle nicht gedenkt.

Digitized by Google

arbitrium des Schiedsrichters vollkommen frei, und die Anwendung des wesentlichen Inhaltes der Gesetze nach Recht und Billigkeit auf den concreten Fall wird lediglich durch seine Einsicht und pflichtmäßige Ueberzeugung bestimmt, deren Ausspruch nach dieser Seite keiner weiteren Prüfung unterliegt. Qualem autem sententiam arbiter dicat, ad Praetorem non pertinere, dummodo dicat, quod ipsi videtur sagt deshalb das römische Recht,[31]) ohne dem Schiedsrichter Vorschriften über die Normen zu machen, nach denen er sprechen soll, und fügt hinzu: Stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit.[32]) D. h. nun zwar nicht, der arbiter dürfe willkührlich ein ungerechtes und unbilliges Urtheil sprechen, wohl aber, daß, weil die Partheien die Entscheidung auf seine Einsicht und sein Gewissen gestellt haben, seine Entscheidung ohne weitere Untersuchung ihres Inhaltes als ein arbitrium boni viri gelten müsse. Diesen Sätzen fügt unser Recht nur die in den §§. 171. 172. a. a. O. enthaltene nähere Bestimmung bei, welche, ohne die Freiheit des Schiedsrichters zu beschränken, nur hindert, daß sie nicht in Willkühr ausarte.

Mit dem Begriffe des Compromißvertrages, mit der Stellung des Schiedsrichters, und mit den, daraus

---

31) l. 19. p. D. h. t.

32) l. 27. §. 2. D. h. t. §. 173. Tit. 2. P. O.

Digitized by Google

entspringenden Befugnissen und Pflichten, ist nun auch das Prinzip für die Beurtheilung der Ansprüche gegeben, welche an die Person des Schiedsrichters zu machen sind.

Gehen wir aus von der Aufgabe des Schiedsrichters, den Rechtsstreit der Partheien nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, so bieten sich im Allgemeinen drei Erfordernisse dar, durch welche deren Lösung bedingt ist. Wir müssen bei dem Schiedsrichter voraussetzen:

1) ein gewisses Maaß von Sach- und Rechtskenntniß, und von praktischer Beurtheilung überhaupt;
2) den redlichen Willen, durch seinen Ausspruch das Rechte und Billige zu bethätigen;
3) eine gewisse moralische Disposition welche ihm gestattet, jene Kenntniß und Beurtheilung auch im concreten Falle richtig und unbefangen zur Anwendung zu bringen, und mittelst ihrer den gewollten Zweck zu realisiren.

So nothwendig indessen diese Momente bei der Lösung der Aufgabe des Schiedsrichters concurriren müssen, so wird doch die nähere Betrachtung ergeben, daß sie uns nicht berechtigen können, die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte im Allgemeinen von gewissen positiv bestimmten Eigenschaften der Person abhängig zu machen, oder gar dieselbe auf gewisse bestimmte Individuen und besondere Classen einzuschränken, sondern daß sie nur ein Kriterium gewähren, vermöge dessen wir nur gewisse Personen aus besondereu Gründen, absolut oder relativ, von dieser Fähigkeit auszuschließen haben, während

Digitized by Google

es stets die Regel bilden muß, daß im Allgemeinen Jeder, dem solche Gründe nicht entgegen stehen, zum Schiedsrichteramte fähig sey.

Schon die Frage: welches das Maaß von Rechts- und Geschäftskenntniß und praktischer Beurtheilung sey, welches zur schiedsrichterlichen Entscheidung eines Rechtsstreites erfordert wird? muß aus dem Gesichtspunkte dieses ersten Requisits auf jenes Resultat hinführen. Der Spruch des Schiedsrichters soll ex aequo et bono gefällt werden; hierzu bedarf es, da nicht strenges und förmliches Recht, sondern das, was ein rechtlicher und wohlgesinnter Mann unter gegebenen concreten Verhältnissen recht und billig achten würde, ausgesprochen werden soll, nicht eben gelehrter juristischer, oder besonderer technischer Bildung, sondern nur eines solchen Maaßes von Einsicht, wie es durch die Erfahrungen, die Jeder in den Geschäften des bürgerlichen Lebens machen kann, und der Regel nach gemacht haben wird, zu verlangen ist. Solche Einsicht ist daher im Allgemeinen Niemandem absolut abzusprechen, sobald nicht besondere Umstände die offenbare Unmöglichkeit ihres Vorhandenseyns darthun. Wenn es deshalb im Gesetze [33]) heißt, es können zu Schiedsrichtern sowohl Personen gewählt werden, welche ein richterliches Amt bekleiden, als andere Personen, welche die zur Entscheidung des Streites erforderlichen Kenntnisse besitzen, so wird durch die Erwähnung des Richters und anderer gehörig unterrichteter Personen nicht angedeutet, daß die

---

[33]) §. 169. Tit. 2. P. O.

Digitized by Google

Wahl der Partheien sich nur auf Juristen beschränken dürfe,[34]) sondern es bezieht sich jene Erwähnung des Richters auf eine, schon im gemeinen Rechte nicht mehr anerkannte,[35]) Beschränkung des römischen Rechts, welche es, aus publicistischen Gründen für unzulässig erklärte, einen magistratus, oder den vom Prätor ernannten judex, zum arbiter zu wählen.[36]) Der §. 169. a. a. O. drückt daher nur jenes oben im Allgemeinen aufgestellte Erforderniß aus, ohne jedoch bestimmen zu wollen, daß es nur bei gewissen besonders befähigten Classen als vorhanden anzunehmen sey.

---

34) Daß dies nicht die Meinung sey, lehrt schon der §. 49. Tit. 30. P. O., welcher für das, über eine besondere Art von Streitigkeiten angeordnete schiedsrichterliche Verfahren ausnahmsweise bestimmt, daß unter den zu ernennenden Schiedsrichtern ein Rechtsgelehrter befindlich seyn müsse. — Einen Beleg hierzu liefern auch die, über das Institut der Schiedsmänner in einigen Provinzen ergangenen Verordnungen (z. B. die vom 7. Sept. 1827 Amtsblatt der Königl. Regierung zu Königsberg Nr. 44., vom 26. Sept. 1832 Amtsbl. der Königl. Regierung zu Potsdam, Nr. 12.), welche diesen Grundsatz aussprechen. Denn wenn gleich der Schiedsmann vom Schiedsrichter sich darin unterscheidet, daß jener den Streit nur vermitteln, nicht entscheiden soll, so stehen sie einander doch gleich in dem Maaße von Einsicht in die rechtliche Natur des Falles, welches ihre beiderseitige Thätigkeit erforderlich macht.

35) Glück §. 476. Voet. §. 8.

36) l. 3. §. 3. l. 9. §. 2. D. h. t.

Digitized by Google

Noch weniger kann das Vorhandenseyn des zweiten und dritten oben aufgestellten Requisits auf gewisse durch ihre Eigenschaften und Verhältnisse besonders qualificirte Personen absolut beschränkt werden. Zwar folgt es unmittelbar aus der Natur des Geschäfts, daß der Schiedsrichter den redlichen Willen haben müsse, Recht und Billigkeit in seiner Entscheidung zu üben, und daß er, neben Kenntniß und Einsicht, auch mit der nöthigen Unbefangenheit des Urtheils verfahren müsse, um, was in concreto recht und billig ist, richtig zu würdigen. Denn auf das erste ist sein Auftrag gerichtet; was aber das letztere betrifft, so ist grade das Bewußtseyn der streitenden Theile, daß ihre eigene Ansicht durch das Partheiinteresse befangen sey, der Grund, welcher sie veranlaßt einen Dritten mit der Erörterung und Entscheidung zu beauftragen. Wollen wir daher diese Momente als Eigenschaften des handelnden Subjects auffassen, so müssen wir vom Schiedsrichter wesentlich Rechtlichkeit der Gesinnung und Unpartheilichkeit, neben der bereits betrachteten Einsicht und Geschäftserfahrenheit fordern.

Das römische Recht, dem das gemeine hierin folgt, erkennt die Wesentlichkeit dieser Requisite im Resultate an, indem es mittelst einer exceptio doli mali dem Spruche die Kraft entzieht, wenn der arbiter erweislich aus Feindschaft,[37]) Gunst oder Bestechung und Gewinnsucht[38]) ein ungerechtes Urtheil fällte, und es kann —

---

[37]) l. 32 §. 14. D. h. t.

[38]) l. 3. C. h. t.

Digitized by Google

obgleich unser Recht dessen nicht ausdrücklich erwähnt — dem Begriffe der Sache nach keinem Zweifel unterliegen, daß auch bei uns ein solcher Spruch nicht bestehen könnte, und daß mithin auch unser Recht jene Requisite stillschweigend voraussetze.

Allein so unerläßlich diese Voraussetzungen sind, so erweis't es sich jedoch sogleich als schief, wenn wir sie als feste Eigenschaften, als bleibende Qualitäten der Person fassen, und etwa von dem Beweise der Rechtlichkeit und Unpartheilichkeit, die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte überhaupt abhängig machen wollten. Denn Redlichkeit des Willens und Unpartheilichkeit der Gesinnung sind als Bestimmungen des Subjects gefaßt, eine moralische Disposition, ein rein Innerliches, welches einer objectiven Darlegung nicht eher fähig ist, ehe es sich nicht in Handlungen geäußert, d. h. aufgehört hat, eine bloße Bestimmung des Subjects zu seyn. Ob diese oder jene Person den Willen und die Unpartheilichkeit haben werde, um das Rechte und Billige zu finden und geltend zu machen, darüber läßt sich im Voraus keine absolute Norm aufstellen, der Schluß den äußere Umstände, frühere Handlungen, das besondere Verhältniß zum Gegenstande des Streits, oder zu einer der Partheien u. dgl. m. auf das Vorhanden- oder Nichtvorhandenseyn dieser inneren Disposition gestatten, kann nur den Werth einer Vermuthung haben, der Gewißheit steht hier die Freiheit des Subjects entgegen, welches von allen äußern Verhältnissen, von früheren Gewohnheiten, u. dergl. abstrahiren, und sich schlechthin unabhängig von ihnen, aus sich selbst bestimmen kann.

Digitized by Google

Ganz der Natur der Sache gemäß beschränkt daher auch das römische Recht aus diesem Gesichtspunkte die Wahl der Partheien gar nicht. Es schließt, mit Ausnahme des Sclaven,[39]) in dem bürgerlich die Qualität eines Freien nicht anerkannt ist, Niemand vom Schiedsrichteramte aus dem Grunde aus, weil ihm der Wille oder die nöthige Unpartheilichkeit das Rechte auszusprechen, nicht zuzutrauen wäre. Es bestimmt vielmehr umgekehrt ausdrücklich, daß der Sohn in Angelegenheiten seines Vaters[40]) Schiedsrichter seyn könne, es erklärt offenbare Feindschaft mit der einen oder anderen Parthei nicht für absolut unvereinbar mit den Functionen eines arbiter, sondern nur für einen Grund, wenn sie offenbar wird, von dem Compromiß auf ihn zurückzutreten; und den wirklich gefällten Spruch nur bedingungsweise, nämlich nur dann, für unverbindlich, wenn der arbiter, testationibus conventus, ne sententiam diceret, nihilominus nullo cogente dicere perseveravisset,[41]) es entschuldigt den Schiedsrichter, der von den Partheien beschimpft wurde, nicht unbedingt, sondern nur causa cognita von der Ausführung der übernommenen Functionen,[42]) es macht keinen Unterschied, ob der gewählte Schiedsrichter von unbescholtenem oder beflecktem Rufe

---

39) l. 7. D. h. t.

40) l. 6. C. h. t.

41) l. 32. §. 14. D. h. t. vorausgesetzt nämlich daß nicht erwiesen wird, daß er aus Feindschaft, wirklich ungerecht gesprochen, denn ein solcher Spruch ist immer ungültig.

42) l. 9. §. 4. D. h. t.

Digitized by Google

sey.[42]) Das römische Recht gestattet also weder aus besonderen Verhältnissen zu den Partheien, noch aus dem früheren Leben einen Schluß darauf, daß der arbiter sein Amt nicht gerecht und unpartheiisch verwalten werde, und nur da wo Partheilichkeit oder Ungerechtigkeit in seinen Handlungen sich wirklich zeigt, wo es offenbar wird, daß der Schiedsrichter bestochen ist, daß er aus Freundschaft, Feindschaft oder Gewinnsucht ungerecht gesprochen hat, entzieht es seinen Handlungen die Kraft.[44]) Von diesem Principe weicht das gemeine Recht nicht nur nicht ab, sondern es bestätigt dasselbe in ferneren Anwendungen, indem es den Bürgen in der Sache des Hauptschuldners,[45]) den Sachwalter in Angelegenheiten seiner Parthei[46]) als Schiedsrichter zuläßt. Ja beide Rechte sind in diesem Grundsatze so consequent, daß sie die Frage: ob jemand in eigener Sache Schiedsrichter seyn könne? nur aus dem formellen Grunde verneinen: quia se facere juberet, aut petere prohiberet, neque autem imperare sibi, neque se prohibere quisquam potest.[47]) Diese Sätze haben, wie gezeigt, ihren Grund in dem Begriffe der Sache, und so müssen wir, da unser Recht entgegenstehende Bestimmungen im

---

[43]) l. 7. p. D. h. t. Selbst der Ehrlose ist nicht ausgeschlossen.

[44]) l. 9. §. 3. l. 32. §. 14. D. l. 3. C. h. t.

[45]) Dissert. de arbitris compromissariis cap. XXIII. §. 2.

[46]) Voet. §. 9.

[47]) l. penult D. h. t. Voet. l. c.

Digitized by Google

Allgemeinen nicht enthält, behaupten, daß auch bei uns der bloße Verdacht, welcher aus solchen Verhältnissen und Umständen entspringen kann, noch nicht hinreiche, um eine Person als au und für sich unfähig zum Schiedsrichteramte darzustellen.

Als absolut der Qualification ermangelnd können daher nur diejenigen angesehen werden, in welchen überhaupt rechtlich das Vorhandenseyn freien Willens und vernünftiger Ueberlegung nicht anerkannt wird, oder welche durch besondere positive Gesetze ausgeschlossen sind. Unfähig war bei den Römern daher der Sclave,[48]) wegen des Mangels der Freiheit und Persönlichkeit, fiel aber später dieses Hinderniß fort, und sprach er, nachdem er zur Freiheit gelangt war, mit Bewilligung der Partheien das Urtheil, so war dasselbe gültig,[49]) ferner der Nasende, der Pupill, der Taube und Stumme.[50]) Aus besonderen Gründen aber, der magistratus,[51]) der vom Prätor gegebene judex,[52]) Weiber[53]) und Personen, welche das zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt haben.[54]) Das gemeine Recht stimmt, mit Ausnahme der Weiber, welche schon das canonische Recht nicht für absolut un-

---

[48]) l. 7. p. D. h. t.

[49]) l. 9. p. D. h. t.

[50]) l. 9. §. 1. D. h. t.

[51]) l. 3. §. 3 l. 4. D. h. t.

[52]) l. 9. §. 2. D. h. t.

[53]) l. ult. C. h. t.

[54]) l. 41. D. h. t. Andere nehmen auf Grund der l. 57. D. de re judicata das 18te Jahr an. Personen unter 25 Jahren erhielten gegen das receptum Restitution.

Digitized by Google

fähig erachtete,[55]) und des Richters, auf welchen man jetzt compromittiren kann, überein.[56]) Unsere Gesetze enthalten, mit alleiniger Ausnahme der Bestimmung, daß im Auslande wohnende Personen nicht zu Schiedsrichtern gewählt werden sollen,[57]) keine positiven Beschränkungen. Daher können als absolut unfähig bei uns nur angesehen werden, Wahn- und Blödsinnige, Kinder und Unmündige, weil ihre Willenserklärungen theils nichtig, theils nur in so fern gültig sind, als sie dadurch Vortheile erwerben.[58]) Blinde, Taube und Stumme nur in so fern, als sie unter Vormundschaft gesetzt sind, weil sie dann den Blödsinnigen gleichgeachtet werden.[59]) Dagegen sind weder Weiber,[60]) noch Minderjährige, oder gerichtlich erklärte Verschwender,[61]) noch endlich Analphabeten[62]) für absolut unfähig zu achten.

---

[55]) c. 4. X. de arbitris.

[56]) Voet. §. 7. Glück §. 476.

[57]) §. 41. Anh. zur A. G. O.

[58]) §. 25. §. 27—29. Tit. 1. §. 20—26. Tit. 4. Thl. I. A. L. R.

[59]) §. 24. 25. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.

[60]) §. 24. Tit. 1. Thl. I. A. L. R.

[61]) Verschieden von der Frage nach der Fähigkeit das Amt eines Schiedsrichters zu verwalten, ist die nach der Fähigkeit, sich durch das receptum zu verpflichten.

[62]) Ohne genügenden Grund rechnet Grävell Comm. §. 122. die Analphabeten zu den unfähigen Personen, weil er zwischen absoluter und relativer Unfähigkeit nicht unterscheidet; daß sie absolut unfähig seyen, läßt sich keineswegs behaupten.

Digitized by Google

Die Anzahl derjenigen Personen, welche der Qualification zum Schiedsrichteramte gänzlich entbehren, ist also bei uns sehr gering, sie beschränkt sich auf solche, denen überhaupt Freiheit und Ueberlegung im rechtlichen Sinne abgesprochen werden muß. Die Ernennung solcher Personen muß daher, weil sie gegen die Essentialien des Geschäfts verstößt, als nichtig betrachtet werden, und die Handlungen, die ein solcher Schiedsrichter vorgenommen hätte, würden durchaus und unter allen Umständen als unkräftig gar nicht berücksichtigt werden können.

Alle übrigen Individuen, welche nicht unter diese schlechthin auszuschließenden gehören, sind also an sich zur Verwaltung des Schiedsrichteramtes fähig; allein es fragt sich ferner, ob sie deshalb schon unter allen Umständen geschickt erscheinen, dessen Functionen zu versehen, oder unter welchen etwa nicht? Denn der Umstand, daß wir ihnen nicht absolut die Fähigkeit dazu absprechen konnten, läßt sie nur der Möglichkeit nach, als Subject des Schiedsrichteramtes erscheinen, er entscheidet aber darüber noch nicht, ob sie in einem gegebenen Falle wirklich dazu qualificirt seyen. Der Frage nach der absoluten Unfähigkeit, tritt also die, nach der relativen, oder, der nach der abstracten Qualification, die nach der concreten und wirklichen gegenüber. Es ist aber zunächst zu untersuchen, welches die Bedingungen sind, unter welchen diese zweite Frage überhaupt zur Sprache kommen, nämlich das Bedürfniß, allgemeine Grundsätze für ihre Beantwortung festzustellen, entstehen kann?

Digitized by Google

Es muß nämlich sogleich auffallen, daß bei den römischen und gemeinrechtlichen Juristen über diesen Punkt höchstens einige, ganz beiläufige Andeutungen sich finden, dagegen nirgends dieser Frage eine nähere und umfassendere Erörterung gewidmet wird. Es könnte scheinen als habe es nahe liegen müssen, bei den ausdrücklich erwähnten Sätzen, daß auch der filius familius in Angelegenheiten des Vaters, der ihn in potestate hat, der Bürge in der Sache des Hauptschuldners, der Mandatar in der des Machtgebers, u. s. f. Schiedsrichter seyn könne, den Zweifel aufzuwerfen, ob diese Verhältnisse unbedingt, oder etwa nur unter besonderen Umständen und Voraussetzungen mit dieser Function vereinbar seyen? Wenn wir nun bei der gewohnten Tiefe und Gründlichkeit dieser Rechtslehrer finden, daß gleichwohl jene Frage von ihnen beinahe gänzlich übergangen wird, so steht zu vermuthen, daß ein Grund in der Sache selbst lag, der sie einer Erörterung derselben überhob. Diese Vermuthung wird sich als begründet erweisen, wenn wir uns zwei Hauptfälle des Compromißvertrages, von wesentlich verschiedener rechtlicher Natur, zum Bewußtseyn bringen, deren einer das Bedürfniß: bestimmte Normen über die Qualification eines Schiedsrichters in concreto festzustellen, hervorruft, während bei dem anderen seiner Natur nach, dieses Bedürfniß nicht hervortreten kann. Der Unterschied, den wir im Auge haben, ist der

ob die Partheien sich in dem Compromißvertrage sogleich über die Person des Schiedsrichters vereinigten,

oder

ob sie beim Abschlusse des Geschäfts das schiedsrichter-

Digitized by Google

liche Verfahren unter sich zwar festsetzen, die Person aber, der dies Amt übertragen werden soll, zunächst noch nicht individuell benennen, sondern sich nur im Allgemeinen über die Art und Weise verständigen, wie dieselbe hiernächst bestimmt werden solle;

indem sie etwa deren Ernennung einem Dritten überlassen, oder aber, wie in dem zu Eingange vorgetragenen Falle, übereinkommen, daß von jedem Theile Schiedsrichter in gleicher Anzahl gewählt werden sollen, welche denn gemeinschaftlich etwa einen Obmann zu wählen haben, u. dergl.

Gehen wir die römischen Rechtsquellen über das Compromiß durch, so finden wir, daß stets nur von dem ersteren Falle die Rede ist, und daß alle Sätze, welche vorgetragen werden, ihn zur Voraussetzung haben. Ein Compromißvertrag der zweiten Art, würde den römischen Juristen nicht für perfect gegolten haben. Sie gingen von dem Grundsatze aus, daß, weil der Zweck des Compromisses die Beendigung des Rechtsstreites sey, [63]) die Verabredungen so getroffen seyn müßten, daß derselbe dadurch auch wirklich, und ohne daß die Uebereinkunft selbst einen Spielraum für Weiterungen darbiete, zu Ende geführt werde. Daher gehörte zur Perfection des Compromisses wesentlich das receptum, wie dieses umgekehrt ein, durch Bestimmung einer poena gehörig befestigtes Compromiß voraussetzte. Compromiß und receptum

---

[63]) ad finiendas lites pertinet l. 1. D. h. t. non enim differendarum litium causa sed tollendarum ad arbitros itur l. 37. D. eodem.

Digitized by Google

waren überhaupt nicht zwei Geschäfte, sondern im strengsten Sinne nur zwei Seiten ein und desselben Geschäfts. Deswegen wurde es schon für nicht zweifelhaft gehalten, ob ein Compromiß auf zwei Personen als Schiedsrichter gültig sey, und der Prätor sie zum Spruche nöthigen dürfe: quia res fere sine exitu futura est, propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. In impari enim numero idcirco compromissum admittitur, non quoniam consentire omnes facile est, sed quia etsi dissentiant invenitur pars major, cujus arbitrio stabitur.[64]) Der Grundsatz, daß alle Momente, welche erforderlich waren, den Streit zu Ende zu bringen, im Compromisse vollständig gegeben seyn müssen, ist hier deutlich ausgesprochen, und hieraus folgt von selbst der fernere Grundsatz, daß man auf incertas personas nicht compromittiren könne. Auch dieses Princip spricht sich in Anwendungen aus. Daher der Zweifel, ob das Compromiß in der Fassung: arbitratu Titii aut Seji fieri gültig sey,[65]) und die Ungültigkeit des Compromisses in dem Falle, wenn bestimmt war, daß zwei von den Partheien benannte Schiedsrichter im Falle der Uneinigkeit einen Obmann wählen sollten: nam in assumendo possunt dissentire.[66]) In diesem Falle waren nämlich die arbitri, wenn sie verschiedener Ansicht waren, ex recepto zum Spruche nicht verpflichtet, weil sie ihn in Gemein-

---

[64]) l. 17. §. 6. D. h. t.

[65]) l. 17. §. 4. D. h. t.

[66]) l. 17. §. 5. D. h. t.

Digitized by Google

schaft mit einer dritten Person fällen sollten, gegen welche, weil sie noch unbestimmt war, und noch nicht recipirt hatte,[67]) kein Zwang stattfinden konnte, und weil, wo auf mehrere gemeinschaftlich compromittirt ist, kein Einzelner gezwungen wird, wenn nicht alle gezwungen werden können.[68]) Ein Compromiß also, bei dem die Paciscenten sich vorbehalten hätten, die Person der Schiedsrichter in der Folge zu bestimmen, oder bei dem sie die Wahl einem Dritten überlassen, oder festgesetzt hätten, daß jede Parthei berechtigt seyn solle, einen oder mehrere Personen zu diesem Amte zu benennen, würde imperfect und ohne rechtliche Wirkung gewesen seyn, weil in jenen Fällen die Möglichkeit vorhanden war, daß die Partheien sich über die Person nicht vereinigten, oder der Dritte, oder die eine oder andere Parthei, die Ernennung geweigert hätte, und solche Anstände durch den Zwang des Prätors nicht gehoben werden konnten.

Das canonische Recht entschied nicht nur den Fall, da zwei erwählte Schiedsrichter beim Dissensus über den Spruch einen Obmann, nach der Verabredung der Partheien, erwählen sollten, übereinstimmend mit dem römischen Rechte, indem es ein solches Compromiß für null erklärt, sondern es spricht sich auch ganz unumwunden darüber aus, daß diese Entscheidung auf dem Grundsatze beruhe, daß man auf ungewisse Personen nicht compromittiren könne: cum legali sit provisione statutum, ut

---

[67]) l. 3. §. 1. D. h. t.

[68]) l. 7. §. 1. l. 17. §. 2. D. h. t.

Digitized by Google

compromissum de incerta persona in arbitrium assumenda non teneat.[69]) Die gemeinrechtliche Praxis jedoch ging schon einigermaßen von der Strenge dieser Grundsätze ab, und ließ jene, vom römischen und canonischen Rechte als ungültig verworfene Verabredung zu.[70]) Man rechtfertigte dies, indem man theils dem canonischen Rechte ein Mißverständniß des römischen Schuld gab,[71]) theils durch Interpretation den anscheinenden Widerspruch in l. 17. §. 5. und l. 17. §. 6. D. h. t. zu heben suchte, und ausführte, daß Ulpian in der ersten Stelle mit den Worten, puto tale compromissum non valere, nicht die Ungültigkeit eines solchen Compromisses überhaupt, sondern nur die Möglichkeit habe ausdrücken wollen, daß ein solches Compromiß ohne Wirkung seyn könne, wenn die Schiedsrichter sich etwa über die Person des Obmanns nicht vereinigen könnten.[72]) Allein es bedarf dieser gezwungenen Interpretation nicht, und die Auslegung derer,[73]) die die l. 17. §. 6. in der obigen Art, in

---

[69]) c. 12. X. de arbitris. — Dissert. de arbitris compromissariis cit. §. 5—8. Voet. §. 13. Daß andere Stellen des Corp. jur. can. nicht entgegenstehen, zeigt Cocceji jus civ. contr. h. t. qu. 3.

[70]) Glück §. 480. Thibaut §. 928. not. s. von Wening-Ingenheim §. 279. Leyser med. ad pand. sp. 65. med. 8.

[71]) Böhmer in seiner Ausgabe des Corp. jur. canon. nota 76. ad c. 12. X. de arbitris.

[72]) Böhmer a. a. O. Glück §. 480.

[73]) Cocceji jus civ. controv. lib. IV. tit. VIII.

Digitized by Google

Uebereinstimmung mit dem canonischen Rechte verstehen, erscheint es als die richtigere.[74])

---

qu. 3. Dissert. de arbitris comprom. cit. §. 5—8. Brunnemanni com. ad l. 17. §. 5—6. D. h. t. Voet. h. t. §. 13. Stryck us. mod. h. t. §. 9.

74) Man braucht weder mit Brunnemann anzunehmen, daß im Falle der l. 17. §. 6. das Compromiß nicht ipso jure, sondern nur ope Praetoris gültig gewesen, noch mit Leyser l. c., daß Ulpianus in §. 6. seinen, in §. 5. gethanen, Ausspruch emendirt habe. Beide Stellen stehen gar nicht im Widerspruch. Nach §. 6. soll der Prätor die beiden erwählten Schiedsrichter, welche über den Spruch dissentiren, zur Ernennung eines Obmanns zwingen; der Grund ist, weil sie ex recepto zu sprechen verpflichtet sind, und also, wenn die Partheien, denen in diesem Falle der Rücktritt vom Compromisse gestattet ist (l. 27. §. 3. D. h. t. Voet. §. 13.), auf dieser Verpflichtung bestehen, die Wahl des Obmannes das einzige Mittel bleibt, sie des Spruches zu vereinigen. Von den Partheien ist hier immer in certas personas compromittirt, sie, die Erwählten, und nicht der, von ihnen etwa hinzugenommene Obmann, haben das Urtheil zu fällen; die Wahl des Obmannes ist hier nur ein Mittel, welches ihnen dazu verhilft, sich ihrer Verpflichtung zu entledigen, und dazu kann sie der Prätor ex recepto zwingen, mithin auch zu denjenigen Schritten, welche die Umstände erforderlich machen. Anders ist es im Falle des §. 5. Hier sollen sie, im Falle der Uneinigkeit über den Spruch, einen Obmann, der Verabredung gemäß, hinzunehmen, und in Gemeinschaft mit diesem sprechen. Deshalb können sie im Falle der Uneinigkeit nach l. 3. §. 1. D. überhaupt nicht zum Spruche genöthigt werden, weil

Digitized by Google

Das gemeine Recht neigt sich also schon dazu hin, den Grundsatz des römischen und canonischen Rechts, daß in incertas personas nicht compromittirt werden könne, zu verlassen, und gibt wenigstens seine streng formelle Consequenz auf. Genau genommen zeigt sich hier schon das entgegengesetzte Princip, und dies bekennen eigentlich diejenigen Rechtslehrer ganz unzweideutig, welche die Vorschriften des römischen Rechts seinem Geiste gemäß zwar auslegen, aber bemerken, daß das Herkommen einen anderen Rechtsgrundsatz habe.[75]) Dennoch trat dieses entgegensetzte Prinzip noch nicht so deutlich hervor, daß dadurch die Veranlassung gegeben worden wäre, die Natur des Compromisses in incertas personas genauer zu erörtern.[76])

Daß in unserem Rechte ein Compromißvertrag gül-

---

der Dritte, der mit ihnen sprechen soll, weder bestimmt ist, noch revixirt hat, ja weil sie auch über seine Wahl wiederum differiren können; das Compromiß ist also hier überhaupt ungültig, weil es auf eine ungewisse Person gestellt ist. Die Worte des Ulpian: puto tale compromissum non valere, sagen dies so deutlich, daß es gegen den klaren Wortsinn angeht, wenn man sie mit Glück und anderen das „rem exitu futuram esse“ erklären will.

75) Stryck, us. mod. §. 9. l. c.

76) Doch führt schon Leyser l. c. med. 7. einen ähnlichen Fall an, wo ein Vater im Testamente bestimmt hatte, daß seine Kinder und Erben, Streitigkeiten, die unter ihnen entstehen möchten, non in ordinario judicio sed prudentum virorum arbitrio decidi curarent.

Digitized by Google

tig ist, wenn auch die Person des Schiedsrichters in demselben nicht individuell benannt, sondern nur im Allgemeinen festgesetzt worden, wie dieselbe bestimmt werden solle, kann nicht zweifelhaft seyn, nur versteht es sich von selbst, daß eine solche allgemeine Bestimmung nicht fehlen darf, und daß ein Compromiß, bei dem dieser Punkt entweder ganz übergangen, oder ausdrücklich einer späteren Vereinbarung vorbehalten wäre, noch nicht für perfect gelten könnte. Dagegen scheint die Zulässigkeit der Verabredung, daß von jeder Seite Schiedsrichter in gleicher Anzahl benennt, und von diesen ein Obmann erwählt werden solle, schon aus der Bestimmung des §. 170. Tit. 2. P. O. zu folgen, und sie wird in einzelnen Fällen, in welchen das Gesetz selbst diese Art des schiedsrichterlichen Verfahrens anordnet, ausdrücklich anerkannt.[77]) Auch ist die Gültigkeit eines solchen Vertrages in dem zu Eingange erwähnten Falle per tres conformes angenommen worden. Unser Recht weicht also hier von dem römischen Rechte in den Grundsätzen ab, welche aus dem Begriffe und Zwecke des Compromisses abgeleitet werden. Zwar müssen auch bei uns in dem Vertrage die Momente gegeben seyn, welche er-

---

77) §. 49. Tit. 30. P. O. — §. 7. Tit. 22. Thl. I. A. L. R. — Ges. vom 15. Nov. 1811 §. 22. Ges. S. 1811 p. 352. — Unter diesen Umständen wäre es aber allerdings Bedürfniß, daß Weiterungen der Art, wie sie in dem oben mitgetheilten Rechtsfalle entstanden, durch ein kürzeres Verfahren, ohne förmlichen Prozeß beseitigt werden könnten.

Digitized by Google

forderlich sind, damit der Streit ein Ende gewinne, so daß mithin unter anderen Bestimmungen über die Person des Schiedsrichters im Vertrage nicht vermißt werden dürfen, aber diese Bestimmung braucht nicht grade eine absolute und individuelle zu seyn, sondern es genügt schon eine allgemeinere und relative.

Beide Fälle bedürfen nun aber wegen ihrer ganz verschiedenen rechtlichen Natur auch einer verschiedenen Weise der Behandlung.

Ob nämlich der ernannte Schiedsrichter in concreto die erforderliche Qualification zur gerechten und billigen Entscheidung des Rechtsstreites besitze, wird der Regel nach dann gar nicht in Frage gestellt werden können, wenn die Partheien bei Eingehung des Compromisses sich über ein bestimmtes Individuum vereinigten. Ist hier die Wahl nicht auf einen absolut Unfähigen gefallen — wodurch allerdings das Geschäft an und für sich nichtig seyn würde — so ist die concrete Befähigung, der Besitz der, nach der besonderen Natur des Rechtsstreites erforderlichen Kenntnisse und Beurtheilung, der nöthigen Rechtlichkeit und Unpartheilichkeit, durch das, in der gemeinsamen Wahl enthaltene Anerkenntniß der Partheien verbürgt. Das Vertrauen, welches beide Theile hier der Person erweisen, erhebt die Präsumtion, die für das Vorhandenseyn dieser Erfordernisse bei dem Gewählten streiten kann, zur vollen rechtlichen Gewißheit, und muß die Zweifel, die sonst wegen besonderer Verhältnisse erhoben werden könnten, vollkommen beseitigen. Sollte später dennoch Streit entstehen, so wird der, der die Wahl anfechten wollte, nur mit solchen Gründen zu hören seyn, welche

Digitized by Google

den Rücktritt von einem geschlossenen Vertrage rechtfertigen. Er wird sich also nur auf einen Irrthum in wesentlichen Eigenschaften, auf veränderte Umstände u. s. f. gründen können, immer aber Thatsachen erweisen müssen, welche den Mangel der essentiellen Erfordernisse unwiderleglich und ganz offenbar darlegen, und welche ihm entweder, bei Eingehung des Vertrages vorhanden, unbekannt geblieben waren, oder welche sich erst später ereignet haben.[78]) Solche Thatsachen werden seyn, Bestechung, offenbare, in Handlungen kund gegebene Feindschaft u. dergl., Umstände dagegen, welche bloße Zweifel erregen könnten, werden der Regel nach nicht ausreichen, wenn nicht zugleich erhellt, daß der Anfechtende über dieselben betrüglicherweise in Irrthum versetzt worden. Es ist dies der Fall, den das römische Recht allein vor Augen hat, dessen Grundsätze daher auch hier, der Natur der Sache entnommen, vollkommen passen. Die Römer verlangten deshalb, um dem Compromisse, und den darauf gegründeten Handlungen des Schiedsrichters die Kraft zu entziehen, daß die Partheilichkeit des Schiedsrichters sich thatsächlich geäußert habe u. dergl.[79])

Wesentlich hiervon verschieden ist der andere Fall, wo die Person des Schiedsrichters nicht im Vertrage individuell, sondern nur die Art und Weise seiner Ernennung, etwa dahin bestimmt ist, daß von jeder Seite Schiedsrichter in gewisser Anzahl erwählt werden

---

[78]) Im wesentlichen die nämlichen Grundsätze spricht die oben Nota [28]) erwähnte Ministerialinstruction aus.

[79]) l. 32. §. 14. D. l. 3. C. h. t.

Digitized by Google

sollen. Hier fehlt die Gewähr, daß der einseitig Ernannte in concreto den Erfordernissen wirklich entspreche, welche dort in der gemeinsamen Wahl liegt.

Daß in diesem Falle das, jeder Parthei zugestandene Recht der Ernennung nicht als eine ganz unbeschränkte Willkühr aufgefaßt werden, und die Wahlfreiheit sich nicht rücksichtslos innerhalb des ganzen Umfanges derjenigen Classen von Personen bewegen dürfe, denen wir oben die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte in abstracto zuerkennen mußten, ergiebt sich schon daraus, daß die Wahl in Gemäßheit des geschlossenen Vertrages zum Behufe eines gemeinsam gewollten Zweckes erfolgt, und um deswillen schon nicht bloß als ein Recht, sondern zugleich als eine Pflicht, zu wählen, erscheint, näher aus dem Zwecke des Geschäftes selbst, den zu erfüllen der Gewählte geeignet seyn muß, und aus der Stellung, welche der Schiedsrichter den Partheien gegenüber einnimmt, welche, wie oben dargethan, ein Verhältniß des Vertrauens ist.

Der Auftrag, den der Schiedsrichter in dem recepto empfängt, hat eine gemeinsame Angelegenheit beider Partheien zum Gegenstande, und die Unterwerfung unter den, von ihm zum fällenden Ausspruch erfolgt in Erwartung der Unpartheilichkeit und Gerechtigkeit desselben. An sich kann deshalb ein solcher Auftrag nur von beiden Theilen ausgehen, und nur einer Person ertheilt werden, zu der beide Theile das Zutrauen hegen, daß sie ihn der Absicht gemäß erfüllen werden. Dieses aus dem Begriffe des Compromisses sich als nothwendig ergebende Verhältniß stellt sich unmittelbar als vorhanden dar,

Digitized by Google

wenn die Person des Schiedsrichters in dem Vertrage bestimmt wird.

Nicht so unmittelbar, sondern in veränderter äußerer Gestalt, erscheint dieses Verhältniß allerdings dann, wenn vereinbart ist, daß von beiden Seiten Schiedsrichter in gleicher Anzahl ernannt werden sollen. Dennoch dürfen jene, der Natur der Sache nach nothwendigen Momente auch hier nicht ganz fehlen, sie erhalten nur eine veränderte Stellung zu einander, müssen aber die Norm für die Beurtheilung des Verhältnisses auch hier bilden. Während nämlich in jenem Falle beide Partheien ein und derselben Person, in welcher ihr Zutrauen unmittelbar zusammentrifft, die Entscheidung übertragen, ermächtigt in diesem Falle der geschlossene Vertrag jeden Theil für sich eine Person, der er nach seiner individuellen Ueberzeugung besonderes Zutrauen schenkt, zur Mitwirkung bei der Entscheidung auszuwählen. Das Subject, welches die eine Parthei ernennt, genießt zwar nur das besondere Vertrauen der wählenden, nicht auch der anderen Parthei, und umgekehrt; aber dies gleicht sich durch die Gegenseitigkeit des, jeder Parthei zustehenden Wahlrechts aus, und in sofern hat allerdings jeder Theil vertragsmäßig darauf verzichtet, daß seine individuelle Ueberzeugung von der Tüchtigkeit des Gewählten, bei der Wahl des Gegners vertreten sey. Allein weil der Gegenstand des Auftrages ein gemeinsamer ist, und derselbe von jedem Theile auch dem einseitig Erwählten nur im Namen beider ertheilt werden kann, der Inhalt des Auftrages endlich, auf einen unpartheiischen, gerechten und billigen, Ausspruch gerichtet, und das Recht

Digitized by Google

zur Wahl zugleich mit der Verpflichtung verbunden ist, durch dieselbe die Realisirung dieses vertragsmäßig festgestellten Endzweckes herbeizuführen, so enthält die Befugniß einer jeden Parthei zur Erwählung eines, ihr besonderes Zutrauen genießenden, Subjects zugleich wesentlich die nähere Bestimmung, daß das, von ihr zu ernennende Subject zugleich ein solches sey, welches dem Gegner keine gegründete Veranlassung zum Mißtrauen gegen seine Tüchtigkeit, Unpartheilichkeit und Gerechtigkeit darbietet. Die Wahl jeder Parthei darf sich also hier nur in dem Kreise solcher Individuen bewegen, denen die Gegenparthei, (abgesehen von besonderem persönlichem Zutrauen und individueller, von zufälligen Bedingungen abhängiger, Ueberzeugung) aus allgemein gültigen Gründen ihre Zustimmung nicht versagen könnte. Es ergibt sich hieraus von selbst, daß nach der Natur und Absicht des Geschäftes der Gegenparthei das Recht zustehen muß, eine Wahl, gegen welche solche Gründe obwalten, als contractwidrig zu verwerfen, und daß ihr diese Befugniß so lange zustehen muß, als sie nicht ausdrücklich, oder stillschweigend z. B. durch Einlassung vor dem gewählten Schiedsrichter, die gegnerische Wahl genehmigt hat.

Es entsteht daher hier das Bedürfniß allgemeiner Grundsätze, nach welchen die Zulässigkeit der Wahl, und die Qualification des Erwählten in concreto zu beurtheilen ist, ein Bedürfniß, welches bei dem früher abgehandelten Falle nicht vorhanden war, weil hier die Tüchtigkeit des Gewählten durch die gemeinsame individuelle Ueberzeugung beider Theile, welche sich durch die

Digitized by Google

Ernennung selbst ausgesprochen hatte, anerkannt war, und deshalb eine weitere Erörterung nicht erforderte.

Wenn deshalb die gemeinsame Wahl der Partheien sich auf den ganzen Umfang derjenigen Personen erstrecken durfte, welchen die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte in abstracto zuzuerkennen war, und dieser Umkreis eine solche Ausdehnung hatte, daß nur wenige Personen als absolut unfähig ausgeschlossen werden konnten, so werden wir denselben jetzt, wo es auf die Qualification in concreto ankommt, nach Maaßgabe der oben aufgestellten allgemeinen Requisite erheblicher zu beschränken haben, welche hier zugleich durch die nähere Beziehung auf die Eigenthümlichkeit eines jeden besonderen Falles eine concretere Bestimmtheit erhalten.

Die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte im Allgemeinen war, wie früher bemerkt, nicht bedingt durch den Besitz specieller technisch-juristischer Kenntnisse, sondern erforderte nur eine solche Einsicht in Rechtsverhältnisse, welche die gewöhnliche Aufmerksamkeit auf den Verkehr des bürgerlichen Lebens verleiht, verbunden mit einem gesunden praktischen Urtheile, weil der Rechtsstreit nicht formell juridisch, sondern ex arbitrio boni viri entschieden werden soll. Eben so wenig konnte es besonderer, nur gewissen Ständen eigener Sachkenntniß bedürfen, die auch vom juristischen Richter meist nicht verlangt, vielmehr der Regel nach, wo die Beurtheilung ein tieferes Eingehen in die Technik einer besonderen Sphäre erfordert, durch die Instruction der Sache und die Zuziehung Sachverständiger in jedem einzelnen Falle ergänzt wird.

Digitized by Google

Diese Grundsätze müssen zwar auch bei Beurtheilung der Tüchtigkeit eines Schiedsrichters in concreto zur Norm dienen, und es wird einer näheren Bestimmung derselben wenigstens dann kaum bedürfen, wenn der Rechtsstreit sich über Geschäfte verhält, welche, wie Darlehens-, Kauf-, Miethsverträge u. s. f., in allen Kreisen des Lebens vorkommen. Dennoch werden schon hier gewisse Personen auszuschließen seyn, welche wir an und für sich nicht für unbedingt unfähig zu den Functionen eines Schiedsrichters erklären konnten. Es werden dies solche Personen seyn, welchen rechtlich zwar Einsicht und Beurtheilung überhaupt, jedoch nur in einem mehr oder weniger beschränkten Maaße beigelegt wird, nämlich Minderjährige und Verschwender, Weiber und Analphabeten, und überhaupt alle diejenigen, welche, wegen eines bei ihnen gewöhnlich vorausgesetzten Mangels an Erfahrung, Geschäftskenntniß, Bildung oder Einsicht, ihren eigenen Angelegenheiten, entweder überhaupt, oder doch in gewissen Beziehungen, nicht mit vollkommener Selbstständigkeit vorstehen können. Zwar läßt sich von diesen Personen nicht unbedingt behaupten, daß sie nicht ausnahmsweise dessen ungeachtet die, in einem gegebenen Falle erforderliche Reife des Urtheils und Einsicht besitzen könnten, und dies ist der Grund, warum sie in abstracto nicht als absolut unfähig ausgeschlossen werden konnten, and warum auch ihre Tüchtigkeit in concreto da nicht bezweifelt werden darf, wo die Partheien einmüthig auf sie compromittirt haben. Allein wo, wie in dem hier vorausgesetzten Falle, eine solche einstimmige Ueberzeugung von ihrer Tüchtigkeit sich nicht ausgesprochen hat, vielmehr

Digitized by Google

der einseitig erfolgten Wahl von der Gegenpartei widersprochen wird, darf eine solche Ausnahme von dem, was sonst als Regel gilt, nicht angenommen werden.

Aber auch die Qualität eines Mannes, der in eigenen Angelegenheiten mit vollkommener Selbstständigkeit handeln kann, wird, wenn auch in den meisten, doch nicht in allen vorkommenden Fällen genügen. Ein Mehreres wird nämlich dann erfordert werden müssen, wenn der Rechtsstreit Geschäfte betrifft, die nur in gewissen Kreisen der Gesellschaft vorzukommen pflegen, oder die gar einem besonderen Stande oder Gewerbe eigenthümlich sind; z. B. gewisse kaufmännische Fabriken-, Bergwerks- und dergl. Angelegenheiten. Die Wahl ist zwar auch hier nicht grade so zu beschränken, daß sie nothwendig nur auf einen Kaufmann, Fabrikherrn u. s. w. fallen dürfte, aber sie wird doch immer in solchen Sphären der Gesellschaft getroffen werden müssen, deren Geschäftskreis diese oder ähnliche Verhältnisse berührt; oder in denen, vermöge des ihnen angewiesenen Berufs, und des dadurch bedingten Standpunktes der Bildung, eine allgemeine Kenntniß auch solcher Geschäfte, und eine Fertigkeit sich in fremde Verhältnisse hinein zu versetzen, zu erwarten steht. So wird z. B. wenn zwei Banquiers über Börsengeschäfte, oder zwei Buchhändler über Gewerbsangelegenheiten streiten, derjenige seinem Gegner begründete Veranlassung zum Widerspruch geben, der von seiner Seite einen Tagelöhner, einen geringen Handwerker, einen einfachen Landmann zum Schiedsrichter benennen würde, dagegen würde die Gegenpartei seine Wahl nicht verwerfen können, wenn sie auf einen Juristen, auf einen

Digitized by Google

höheren Beamten u. s. f. gefallen wäre. Indessen lassen sich hier der Natur der Sache nach nicht ein für allemal durchgreifende Regeln, sondern nur die leitenden Gesichtspunkte für die Beurtheilung angeben.

Positiv bestimmter sind dagegen die Merkmale, durch welche gewisse Personen in Bezug auf die beiden andern oben abgeleiteten Erfordernisse, in concreto als verwerflich erscheinen müssen. Die Lösung der Aufgabe des Schiedsrichters zeigte sich nämlich, außer durch Einsicht und Beurtheilung überhaupt, auch bedingt durch redlichen Willen und Unbefangenheit des Urtheils. Oben konnten wir in abstracto wegen dieser Erfordernisse Niemanden als absolut unfähig ausschließen, indem wir rechtlich überhaupt Vernunft und Willen anzuerkennen hatten. Der Grund lag in der Freiheit des Subjects, welches sich schlechthin unabhängig aus sich selbst bestimmen kann. Absolut könnten wir daher von Niemand behaupten, daß er diesen Erfordernissen nicht genügen könne, und deshalb mußten wir, wo die Partheien darüber einverstanden waren, als gewiß annehmen, daß er ihnen wirklich genügen werde.

Der nämliche Grundsatz aber, der dort jede Beschränkung unstatthaft erscheinen ließ, der nicht gestattete, daß wir die Existenz jener Erfordernisse von gewisser, ihnen entsprechenden, Eigenschaften der Person abhängig machten, führt umgekehrt hier die Nothwendigkeit von beidem herbei.

So lange nämlich die Disposition, von der das Vorhandenseyn jener Erfordernisse abhängt, sich in der bestimmten Beziehung, auf die es grade ankommt, noch

Digitized by Google

nicht durch die That kund gegeben hat, so lange ist sie eine rein innere. Eben so wenig als ihr Nichtvorhandenseyn, läßt sich in concreto ihr Vorhandenseyn zur vollkommenen juristischen Gewißheit anders, als durch das übereinstimmende Anerkenntniß der, dabei interessirten Partheien erbringen. Wo, wie hier, dieses fehlt, da kann auch nicht die abstracte Möglichkeit in Betracht kommen, daß der Erwählte den wahrhaften Willen, das Rechte auszusprechen, und die nöthige Unbefangenheit, dasselbe zu finden, besitzen werde; sondern nur die reale Möglichkeit, welche durch die bisherige Handlungsweise des Subjects, durch die Verhältnisse in denen es steht, durch die Stellung, die es zu den Partheien und in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt, gegeben ist, und welche in allem diesem bereits die Bedingungen enthält, welche auf das wirkliche Vorhandenseyn jener Erfordernisse hinweisen. Wie der Wille sich als wahrhaft wirklich nur in Handlungen offenbart, so zeigt das Subject was es ist, in seinem bisherigen Verhalten, und dieses giebt den Maaßstab der Beurtheilung für sein zukünftiges Verhalten ab.

Die Existenz jener allgemeinen Erfordernisse erweist sich also hier durch gewisse Eigenschaften der Person, der Wille, das Rechte auszusprechen, durch Rechtschaffenheit, die Unbefangenheit des Urtheils, welche das Rechte finden läßt, durch Unpartheilichkeit. Indessen sind, nach dem Grundsatze quisque praesumitur bonus, auch hier diese Eigenschaften als vorhanden anzunehmen, so lange nicht bestimmte Thatsachen für das Gegentheil sprechen.

Digitized by Google

Wer die Personen sind, bei denen diese Eigenschaften vorausgesetzt werden, darüber enthalten die Gesetze in anderen, verwandten Materien bestimmte, auch hier vollkommen anwendbare Grundsätze. Hinsichtlich des Requisites der Rechtschaffenheit sind es diejenigen, deren bisherige Lebens- und Handlungsweise kein, auf Wahrhaftigkeit und Gerechtigkeitsliebe bezüglicher, Tadel trifft, und welche deshalb in Prozessen an und für sich betrachtet vollkommen glaubwürdige Beweiszeugen seyn können.[80]) In Ansehung des Erfordernisses der Unpartheilichkeit aber sind es solche, die weder unmittelbar, als Parthei, noch mittelbar, wegen einer besonders nahen Verbindung mit einer der Partheien bei der Sache interessirt sind, und die deshalb, und zwar gleichfalls mit völlig ungeschwächter Glaubwürdigkeit, für und wider beide Theile als Beweiszeugen aufgestellt werden können,[81]) noch bestimmter aber diejenigen, welche, wären sie als Mitglieder eines Gerichts öffentlich bestellt, ihr Richteramt auch in dem gegebenen Rechtsstreite unter den Partheien vorwalten dürften.[82]) Die Analogie, welche die Funktionen des Zeugen, des Richters und des Schiedsrichters gegen einander darbieten, ist nahe, durchgreifend, und evident. Alle diese Personen wirken durch ihre Thä-

---

80) §. 227. No. 5—7. §. 230. No. 14—16. §. 233. No. 1—2. Tit. 10. P. O.

81) Also die, denen nicht die, in §. 227. No. 5. §. 228. 230. No. 11. §. 233. No. 3—6. Tit. 10. P. O. angeführten Gründe entgegenstehen.

82) §. 143. Tit. 2. P. O.

Digitized by Google

tigkeit zur Entscheidung des Rechtsstreites. Der Zeuge dadurch, daß er durch seine Deposition dem Richter die Gewißheit über die, dem Streite zum Grunde liegenden Thatsachen verschafft. Der Richter und Schiedsrichter dadurch, daß sie durch Erörterung der Sache diese Gewißheit gewinnen, und sich der rechtlichen Beurtheilung unterziehen. Alle diese Functionen erfordern zunächst den Willen des Rechten und Wahren. Die erste Eigenschaft, Rechtlichkeit, muß daher in gleichem Maaße bei ihnen verlangt werden. Anders ist es mit der zweiten Eigenschaft, der Unpartheilichkeit, durch welche die Unbefangenheit des Urtheils gesichert wird. Die Function des Zeugen, die Thatsachen richtig aufzufassen und wiederzugeben, kann zwar ebenfalls der Anwendung des Urtheils nicht ganz entbehren, denn streng genommen involvirt das Aussprechen des einfachsten Satzes, welcher Subject und Prädikat verbindet, ein solches, geschweige denn eine zusammenhängende Erzählung des Factums, welche von dem Zeugen gefordert wird,[83]) und dies ist der Grund, weshalb auf Unpartheilichkeit auch des Zeugen gesehen wird. Die Thätigkeit des Richters und des Schiedsrichters aber ist nicht nur in diesem einfachen und beschränkten, sondern in einem höheren Sinne eine beurtheilende, indem sie den gegebenen Fall zugleich unter die allgemeinen Grundsätze, des Rechts zu subsumiren hat. Sie bedarf also eines höheren Grades von Unpartheilichkeit als die des Zeugen. Diese fordert denn auch das Gesetz von dem Richter.

---

[83]) §. 191. Tit. 10. P. O.

Digitized by Google

Wir finden, daß der Richter schon durch den 4ten und 4ten Grad der Seitenverwandtschaft und Schwägerschaft, oder durch Heirathsunterhandlungen mit nahen Verwandten der Partheien, sein Amt im Prozesse zu verwalten gehindert wird,[84]) und daß Verwandtschaft oder Schwägerschaft im 5ten und 6ten Grade mit einer Parthei, die Gegenparthei zu dem Antrage berechtigt, daß die Sache an einen anderen Richter verwiesen werde,[85]) während nach unseren Gesetzen diese, schon entfernteren Verhältnisse, auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen keinen Einfluß mehr äußern. Der Schiedsrichter, für den es in unserem Falle an durchgreifenden allgemeinen Vorschriften mangelt, steht in der Art seiner Thätigkeit nicht nur dem Richter gleich, sondern es ist ihm, wie oben gezeigt, noch ein freieres Arbitrium gestattet, als jenem. Wir können also Unpartheilichkeit in nicht geringerem Grade vom Schiedsrichter fordern, als das Gesetz sie ausdrücklich vom Richter verlangt.

Es fehlt aber endlich nicht an Vorschriften für besondere Fälle, welche diesen allgemeinen Grundsätzen, die wir aus dem Begriffe des Compromißvertrages abgeleitet haben, zur Bestätigung dienen. Der §. 29. des Gesetzes vom 15. November 1811[86]) verlangt, in dem speciellen Falle, über welchen diese Verordnung disponirt, daß der zu wählende Schiedsrichter die Qualität, eines für und wider beide Theile vollkommen glaubwürdigen Beweis-

---

[84]) §. 143. Tit. 2. P. O.

[85]) §. 40. Anhang zum P. G. O.

[86]) G. S. 1811. p. 352.

Digitized by Google

zeugen habe. Noch näher schließt sich, an die abgeleiteten Grundsätze die, für einen anderen Fall gegebene, bereits oben Nota [28]) angeführte Ministerialinstruction an. Sie bestimmt:

„Dieselben Gründe, weshalb ein Zeuge als Beweiszeuge „nicht zulässig ist, oder seinen Aussagen keine volle „Glaubwürdigkeit beigelegt werden kann, oder, welche „die Perhorrescenz eines Richters begründen, stehen auch „der Zulässigkeit der vorzuschlagenden Schiedsrichter „entgegen."

Das Gesetz, welches dort die Partheien an Schiedsrichter verweis't, die von beiden Seiten in gleicher Anzahl zu wählen sind, bringt dasselbe Verhältniß hervor, welches hier in der Verabredung der Partheien sich gründet. Das gleiche Verhältniß erheischt deshalb eine gleiche Norm der Beurtheilung.

Wie nach diesen Prinzipien der, zu Eingange, vorgetragene Rechtsfall zu entscheiden gewesen wäre, bedarf keiner weiteren Bemerkung. [87])

---

[87]) Nur das mag erwähnt werden, daß der vom Kläger allegirte §. 26. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. in jenem Falle nichts entscheiden konnte. Spräche er auch — was er bei genauerer Ansicht der Stelle nicht thut — den Satz aus, daß ein Justizcommissar in einem Rechtsstreite das Schiedsrichteramt verwalten dürfe, in welchem er einer der litigirenden Partheien als Anwald bedient gewesen; so würde er denn, seinem übrigen Inhalte nach, doch immer nur von dem Falle verstanden werden können, wo beide Theile gemeinschaftlich auf ihn compromittiren. Von diesem Falle gilt aber, wie gezeigt, auf den, wo in incertas personas compromittirt worden, kein Schluß.

Digitized by Google

XXXVIII.

Inwiefern die Hudeberechtigten gegen die successive Verwandlung eines Laubholz-Waldes in einen Nadelholz-Wald ein Widerspruchsrecht haben.

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(A. L. R. I. 22. §. 31. 32. Großh. Hess. Verordn. vom 9. Juli 1808 §. 130. 135.)

In der für das Herzogthum Westphalen am 9. Juli 1808 erlassenen Gemeinde-Theilungs-Ordnung (Scotti Churcöln. Provinzial-Gesetze Abth. II. Thl. 1. S. 390. 391.) ist §. 130. verordnet:

„Unabhängig von aller Observanz und dem Bedürfniß des Weideberechtigten, ist der Besitzer eines Waldes befugt

a) bei Schlaghölzern und Hagebergen ein Viertel,

b) bei Hochwaldungen und Niederwaldungen ein Fünftel zur Beförderung der Holzkultur in Zuschlag zu legen.“

Sodann bestimmt der §. 135.:

„Von Blößen darf der Besitzer, der darauf haftenden Hudeberechtigungen ungeachtet, ein Fünftel zum Waldansäen oder anpflanzen, dieses Fünftel zu dem Ende

Digitized by Google

in Zuschlag legen, auch mit der Forstkultur dergestalt auf dem übrigen Theil fortfahren, daß immer ein Fünftel des Ganzen in Zuschlag liegt.“

Es ist nun bestritten worden, ob in dieses hudefreie ein Fünftel auch derjenige Theil des Waldes einzurechnen, in dem die Hude durch Nadelholz-Culturen vereitelt worden. Die Gemeinde Lüttringhausen, Amts Werl, hat im Walde Raulf die Weidegerechtigkeit. 1805 wurde ein Theil des im übrigen mit Eichen und Buchen bestandenen Waldes mit Nadelholz bestellt, und in Heege gelegt. Als dies Nadelholz so weit gewachsen war, daß ihm das Vieh nicht mehr schaden konnte, wurde die Heege aufgehoben und 1823 ein fernerer Distrikt mit Nadelholz kultivirt und geheegt. Die Eingesessenen klägten nun, und behaupteten, daß, da in dem ersten Distrikte keine Hude möglich sey, durch denselben mit Einrechnung des zweiten Distrikts das gesetzliche Fünftel überschritten sey. Der Verklagte behauptete, daß die Hude in dem ersten Distrikte nicht vereitelt, er auch durch das Gesetz nicht gehindert sey, den Wald mit beliebigen Holzarten zu kultiviren. Das Königl. Hofgericht zu Arnsberg erkannte unterm 1. August 1828 für Recht:

daß Verklagter schuldig sey, vom Raulfwald $^1/_5$ in der Art zur Hude offen zu halten, daß der mit Nadelholz bestandene Theil in das dem gesetzlichen Zuschlag unterworfene $^1/_5$ mit einzurechnen, somit, da der gesammte Distrikt der geschehenen Vermessung zufolge 174 Morgen 52 Ruthen 17 □Fuß beträgt, hievon nur 34 Morgen 144 Ruthen 43 Fuß, und daher nach Abzug des durch die Nadelholz-Anlage der Hude bereits entzogenen

Digitized by Google

Bezirks von 32 Morgen 8 Ruthen 26 Fuß nur noch ½ Morgen 130 Ruthen 17 Fuß in Zuschlag zu legen befugt, mithin, insofern durch den im April 1823 angelegten Zuschlag dieses Maaß überschritten worden, Beklagter solchen aufzuheben, auch den Klägern den durch die Entbehrung der Hude in dem das gesetzliche Maaß des Zuschlags überschreitenden Bezirk seitdem erlittenen in separato zu liquidirenden Schaden zu ersetzen. Von Rechts wegen.

Gründe.

— — — Was nun das Rechtsverhältniß selbst betrifft, so hat Beklagter den Klägern die Hudegerechtigkeit in dem fraglichen Walde eingeräumt, im Lauf des Verfahrens ist es auch ausgemittelt worden, daß, wenn der mit Nadelholz bestandene Theil des Waldes nicht in Abzug gebracht, und nicht dem jetzt angelegten Zuschlag hinzu gerechnet wird, dieser das gesetzliche $^1/_5$ nicht überschreite. Die Hauptfrage, wovon die Entscheidung des Rechtsstreites abhängt, besteht demnach darin: ob in der Voraussetzung, daß die Hude durch die Nadelholz-Anlage für immer oder auf längere Zeit zernichtet sey, Beklagter dennoch mit der Anlage der Zuschläge in der Art fortfahren könne, daß die Hudeberechtigten die durch Anpflanzung des Nadelholzes für die Hude unbrauchbar gewordenen Distrikte sich auf die für die Hude frei gelassenen $^4/_5$ müssen anrechnen lassen?

Das Recht der Kläger auf den hudepflichtigen Boden ist nach den von Servituren geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, nach diesen darf der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nichts vornehmen, wodurch die Ausübung der

Digitized by Google

Dienstbarkeit verhindert wird, vielmehr muß er auch solche Anstalten auf dem dienenden Grundstück leiden, ohne welche der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts würde behindert werden. Hiermit stimmt auch das A. L. R. I. 22. §. 31—32. überein, und ohne diese Beschränkung der Befugnisse des Eigenthümers würde es dieser in seiner Gewalt haben, die Ausübung der Dienstbarkeit durch solche Anstalten nach Willkühr zu beschränken oder völlig zu vernichten. Hiernach kann also auch der Eigenthümer eines mit der Hudegerechtigkeit behafteten Waldes zum Nachtheil der Hude keine solche Holzarten anziehen, wodurch diese über das gesetzliche Maaß hinaus eingeschränkt, oder völlig aufgehoben wird, die forstwirthschaftliche Benutzung kann hier nicht zum Nachtheil des Berechtigten in ihrem ganzen Umfange statt finden, der Eigenthümer muß sich vielmehr jenen Beschränkungen unterwerfen, welche die dem Berechtigten zustehende Hudeservitut nothwendig zur Folge hat, und ohne welche es in seiner Willkühr stehen würde, die Hudegerechtsame für den Berechtigten völlig nutzlos zu machen.

Die gesetzlichen Einschränkungen, welche zum Vortheil des Eigenthümers bei der Hude auf Aeckern statt finden, können nicht auf die Hude in Waldungen ausgedehnt werden. Bei letzteren würde, wenn der Eigenthümer in der Benutzungsart gar nicht beschränkt wäre, durch die Art der forstwirthschaftlichen Benutzung das Huderecht für lange Zeit oder gar für immer aufgehoben werden können, was aber bei Aeckern, wo die Zeit der Ausübung der Hude regelmäßig zurückkehrt, nicht der Fall seyn kann. Das Provinzial-Gesetz vom 9. Juli 1808 beschränkt

Digitized by Google

zwar den Eigenthümer nicht in der Anpflanzung der Holzarten, dies berechtigt aber noch nicht, denselben für befugt zu halten, durch die Art der Benutzung die Rechte Anderer zu beeinträchtigen; mit größerem Recht kann vielmehr der Hudeberechtigte auf dieses Gesetz sich berufen; sein Huderecht ist schon dadurch beschränkt, daß das Gesetz dem Eigenthümer gestattet, $^1/_5$ in Zuschlag zu legen, eine größere Beschränkung, als das Gesetz ausspricht, kann der Eigenthümer daraus nicht herleiten, zu seinem Vortheil kann das Gesetz nicht ausdehnend erklärt werden, dieses würde aber geschehen, wenn man den Eigenthümer außer der ihm eingeräumten Heege-Befugniß auch für berechtigt erklären wollte, durch die Art der forstwirthschaftlichen Behandlung den Berechtigten in der Ausübung der Hude zu beschränken.

Was nun die Frage betrifft, ob in dem mit Nadelholz bestandenen Theile des hudepflichtigen Waldes die Hude wirklich zerstört sey, so haben die von beiden Theilen hierüber vorgeschlagenen Sachverständigen einstimmig ausgesagt, daß die Hude gegenwärtig in diesem Distrikt gänzlich verhindert, und für die Gemeinde Lüttringhausen von gar keinem Werth sey, daß, wenn das Nadelholz in der Folge auch eine beträchtliche Höhe erreichen sollte, die Hude doch vernichtet bleibe, weil bekanntlich unter Nadelholz, wenn dieses geschlossen stehe, kein Gras aufkommen könne.

Durch diese Aussage ist demnach erwiesen, daß Kläger in dem mit Fichten besetzten Theil des Waldes ihr Huderecht nicht ausüben können, solches auch für die Zukunft zernichtet sey; Beklagter hat zwar die Glaubwür-

Digitized by Google

digkeit dieses Gutachtens der Sachverständigen angefochten, weil sie keine Gelegenheit gehabt hätten in hiesiger Gegend Nadelholz-Waldungen zu beobachten, allein da sie die zum Gutachten gestellte Frage bestimmt beantwortet haben, so muß man annehmen, daß sie darüber die nöthigen Erfahrungen gemacht haben, und das Gutachten in der Art, wie geschehen, abgeben zu können, und Beklagter kann ihre Glaubwürdigkeit um so weniger anfechten, da er sie zur Abschätzung des durch die Schmälerung der Hude verursachten Schadens als qualificirt anerkannt, und hiezu selbst nur einen ökonomischen Sachverständigen in Vorschlag gebracht hat. Da also der jetzt in Zuschlag gelegte, und der, der Hude durch die Fichtennaupflanzung entzogene Theil zusammen genommen mehr als $^1/_5$ des Ganzen betragen, Beklagter aber obiger Ausführung zufolge der Hude mehr als $^1/_5$ überhaupt zu entziehen nicht berechtigt war, so mußte auch die Aufhebung des Zuschlags, insofern dadurch dieses gesetzliche Maaß überschritten war, erkannt, Beklagter auch schuldig erkürt werden, den durch die Entziehung der Hude vermittelst des Uebermaaßes des Zuschlags den Klägern verursachten in separato zu liquidirenden Schaden zu ersetzen.

Der Eigenthümer appellirte. Es wurden neue Sachkenner darüber, ob und inwiefern und in welchen Zeitpunkten die Hude durch Nadelholz-Kulturen vereitelt werde, vernommen. Das Ober-Landesgericht zu Münster erkannte durch das am 4. Juli 1834 verkündete Erkenntniß zu Recht, daß Beklagter schuldig, den ganzen mit Nadelholz kultivirten Distrikt im Rauf bis auf die Größe von 34 Morgen 144 Ruthen 43 Fuß dergestalt einzuschränken,

Digitized by Google

daß den Klägern in dem befreiten Distrikt die Weide nach deren in separato auszumittelnden Beschaffenheit vor Anlegung der respectiven Nadelholzpflanzungen gewährt wird — und den durch die Entbehrung der Hude in den derselben gesetzwidrig entzogenen Bezirken erlittenen, in separato zu liquidirenden Schaden zu ersetzen. Von Rechts wegen.

Gründe.

Daß der Eigenthümer bei Hochwaldungen $^1/_5$ des Waldes zur Beförderung der Holzkultur in Zuschlag legen, und mit der Forstkultur so fortfahren dürfe, daß immer $^1/_5$ des Waldes in Zuschlag liegt und zwar unabhängig von aller Observanz und dem Bedürfnisse der Weideberechtigkeiten, steht nach der Hessischen Verordnung vom 9. Juli 1808 §§. 130. 135 folg. fest. Nun hat in casu der Fiskus im Jahre 1805 einen höhern Distrikt in Zuschlag gelegt, und solchen mit Nadelholz kultivirt. Dieser Distrikt liegt aber nicht mehr im Zuschlag. Fiskus hat ferner im Jahre 1825 einen neuen Zuschlag angelegt und mit Nadelholz kultivirt. Dieser neue Zuschlag enthält allein nicht $^1/_5$ der Waldung. Wenn aber der frühere, jetzt offen liegende, Zuschlag hinzu gerechnet wird, dann ist mehr als $^1/_5$ des ganzen Waldes mit Nadelholz kultivirt. Dies wollen die Waldinteressenten nicht zugeben; sie wollen: der neue Zuschlag solle, insoweit er mit dem alten Zuschlag mehr als $^1/_5$ des ganzen Waldes enthält, nicht statt finden, indem dadurch ihre Weide geschmälert werde, auch früher kein Nadelholz, sondern nur Laubholz

in dem Walde kultivirt ist, die Nadelholz-Kultur aber dem Vieh mehr Weide entziehe, als die Laubhölzer.

Auf den Grund der vernommenen Zeugen und Sachverständigen ist es als gewiß anzunehmen, daß, wenn $^1/_5$ des Waldes zur Nadelholz-Kultur von Zeit zu Zeit in Zuschlag gelegt, und so am Ende der ganze Wald mit Nadelholz kultivirt wird, alsdann die Weideberechtigten sicher in den ersten Jahren von ihrer Weide viel verlieren. Selbst die verklagtischen Forstverständigen, welche den Fichtenpflanzungen in Ansehung des darunter aufsprossenden Graswuchses vor den Laubholzbeständen den Vorzug einräumen, geben doch zu, daß dieser Vortheil sich erst nach geschehener Durchforstung zeige, also erst lange nach der Zeit, wo der erste Zuschlag eröffnet, und ein neuer angelegt wird.

Wenn nun gleich die Hessische Verordnung dem Waldeigenthümer gestattet, von Zeit zu Zeit $^1/_5$ des Waldes unabhängig von aller Observanz und dem Bedürfnisse der Weideberechtigten, zur Beförderung der Holz-Kultur in Zuschlag zu legen, mithin hiernach dem domino sylvae nicht verboten ist, die Nadelholz-Kultur einzuführen, wo bisher nicht diese, sondern nur die Laubholz-Kultur statt hatte, so ist doch nicht zu verkennen, daß jenes Gesetz, weil es jura quaesita benimmt, quam strictissime interpretirt werden müsse, mithin dahin, daß der dominus sylvae einen bisher nicht mit Nadelholz, sondern nur mit Laubholz kultivirten Wald im Ganzen nur zu $^1/_5$ mit Nadelholz zu kultiviren

Digitized by Google

befugt sey; im Uebrigen aber die der Weide nicht so nachtheilige Laubholz-Kultur beibehalten müsse, wenn durch die Kultur des Nadelholzes die Weide der Weide-Interessenten geschmälert wird, indem die Hessische Verordnung sich nicht darüber ausspricht, daß der dominus sylvae zum Nachtheil der Weide-Interessenten den ganzen bisherigen Laubwald in einen Nadelholzwald zu verwandeln befugt sey. Daß die Kläger, wenn mehr als $^1/_5$ des Waldes mit Nadelholz kultivirt wird, ihren alten Weidebedarf nicht haben, unterliegt keinem Zweifel. Es konnte daher nur ꝛc.

Digitized by Google

XXXIX.

1) Die Grundsätze über die Beweislast sind in Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht als Rechtsgrundsätze, sondern als Prozeßvorschriften zu betrachten, und es findet deshalb eine Nichtigkeitsanfechtung nicht statt.
2) Dasselbe gilt von der Frage, ob Beweismittel als erheblich aufzunehmen oder nicht.
3) Es ist keine Nichtigkeit, wenn der Richter in den Gründen ein für den vorliegenden Fall nicht gegebenes Gesetz zwar anführt, die Entscheidung aber nicht grade darauf gründet.

Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Sommer.

I.

In Sachen Korte und Consorten zu Menkhausen gegen Gerlach in Saalhausen ward eine Nichtigkeitsbeschwerde darauf gegründet, daß ein angetretener erheblicher Beweis nicht aufgenommen worden, weil es Verletzung eines Rechtsgrundsatzes sey, daß man den Imploranten diesen Beweis abgeschnitten habe. Das Geh. Ober-Tribunal wies inzwischen unterm 8. Juli 1836 die Nichtigkeitsbeschwerde zurück, bemerkend:

Die Vorschriften für den Richter, wie er eine im Wege Rechtens streitig gewordene Thatsache feststellen, und

Digitized by Google

darüber den Beweis erheben solle, sind lediglich Prozeßvorschriften, und die Verordnung vom 14. Dez. 1833, wenn sie im §. 4. die Nichtigkeit in zwei Kategorien theilt, in Verletzung von Rechtsgrundsätzen, und Verletzung von wesentlichen Prozeßvorschriften, im §. 5. N. 10. aber unter a. b. c. drei einzelne Verstöße gegen die Beweistheorie als Verletzungen wesentlicher Prozeßvorschriften rügt, erkannt damit an, daß dergleichen Verletzungen nicht in die erste Kategorie der Nichtigkeiten — Verletzung von Rechtsgrundsätzen — gehören. Daß der Appellationsrichter durch die unterlassene Verordnung der Vernehmung von Sachverständigen gegen eine jener oben erwähnten wesentlichen Prozeßvorschriften (§. 5. N. 10. lit. a. b. c.) verstoßen habe, haben Impluranten nicht genügt, es ist auch solches offenbar nicht der Fall.

II.

In Sachen des Ludwig Schuppener zu Herbertshausen gegen die Fürstlich Wittgenstein'sche Rentkammer zu Laasphe war von Letzterer die Nichtigkeitsbeschwerde 1) darauf begründet, daß der Appellationsrichter gegen den im Prozesse geltenden allgemeinen Grundsatz, daß der Kläger das Fundament seiner Klage beweisen müsse, die Last des Beweises nicht dem Kläger — der hier, nach Allg. Ger. Ordn. I. 32. 2. auf Verneinung seiner Verpflichtung geklagt hatte — sondern der Verklagten aufgebürdet habe. Das Geheime Ober-Tribunal, indem es unterm 1. Juli 1836 die Nichtigkeitsbeschwerde zurückweist, bemerkt hierüber:

— so ist der angegebene Grundsatz nur dann richtig,

Digitized by Google

wenn der Kläger mittelst der angestellten Klage ein Recht verfolgen, nicht aber, wenn er, wie im vorliegenden Falle, eine Verbindlichkeit ablehnen will, welche ihm das Gesetz nicht auflegt, und für deren Daseyn eine gesetzliche Vermuthung nicht vorhanden ist.

Die Beschwerde ist aber auch an und für sich unerheblich, da die Grundsätze über die Beweislast im Prozesse zu den Prozeßvorschriften gehören, ihre Nichtbeachtung oder unrichtige Anwendung daher als eine Verletzung von Rechtsgrundsätzen im Sinne der bezogenen Verordnung nicht betrachtet werden kann.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war 2) darauf gegründet, daß die Vorschrift des Allgem. Landrechts I. 7. §. 181. auf den vorliegenden Fall, für welchen sie nicht bestimmt sey, in Anwendung gebracht worden, das Geheime-Ober-Tribunal bemerkt hierauf:

Die zweite Beschwerde — — bedarf keiner besonderen Widerlegung, theils weil der Appellationsrichter in den Gründen des Erkenntnisses jenes Gesetz zwar angeführt, seine Entscheidung aber nicht darauf gegründet hat, theils weil nach dem vom Richter festgestellten, und nach §. 16. der bezogenen Verordnung der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde zum Grunde zu legenden Sachverhältnisse die Verklagte sich nicht in dem Besitze des von ihr behaupteten Rechts befindet, und daher von einer Vermuthung für die Rechtmäßigkeit dieses Besitzes, und von den rechtlichen Wirkungen eines solchen rechtmäßigen Besitzes gar nicht die Rede seyn kann.

Digitized by Google

XL.

Ob beim Recognitions-System auch die Rückstände von Real-Lasten auf den damit unbekannten Erwerber passiv übergehen? ob auch mehr als zweijährige?

Rechtsfall, mitgetheilt

von

Sommer.

(Publ. Patent vom 21. Juni 1825. §. 8—11.) Cabinets-Ordre vom 4. Februar 1828. A. L. R. I. Tit. 19. §. 7. 8. Tit. 2. §. 137.)

Der Colon Gerres hatte dem Gewerker P. Ulrich zu Brilon sein Gut verkauft und dabei die Colonat-Abgabe oder doch wenigstens deren Rückstände verschwiegen. Der Berechtigte Graf Bocholtz klagte gegen den Ulrich auf Zahlung der Rückstände, seine Klage auf zweijährige Rückstände beschränkend. Das Justiz-Amt Brilon erließ darauf folgendes

Erkenntniß.

In Sachen der Gräflich von Bocholtzischen Rentei zu Alme, Klägerin wider den Gewerker Peter Ulrich dahier, Verklagten, erkennt das Königl. Preußische Justiz-Amt Brilon den Akten gemäß zu Recht:

daß Klägerin mit der Klage abzuweisen und in die Kosten zu verurtheilen.

Von Rechts wegen.

Digitized by Google

Gründe.

Colon Brüne genannt Gerres zu Rehden hat dem Verklagten sein gesammtes Immobilar-Vermögen verkauft. Von letzterm soll Verkäufer der klagenden Rentei eine bedeutende Summe gutsherrlicher Gefälle restiren und behauptet Klägerin, daß der Verklagte verurtheilt werden müsse, den diesfälligen Rückstand der beiden letzten Jahre vor dem Verkaufe der fraglichen Immobilien (pro annis 1826 und 1827) weil der frühere Besitzer schon damals materialiter insolvent gewesen, zu bezahlen. Zur Begründung dieser Behauptung wird angeführt, daß solch zweijähriger Rückstand eines gesetzlichen Pfandrechts genieße und sogar ohne alle Anmeldung allen übrigen Gläubigern vorgezogen werden müßten.

Die Anmeldung des von der Klägerin behaupteten Rechts zu den Hypotheken-Registern ist in keiner Art erfolgt.

Ueber das Vermögen des früheren Besitzers Brüne ist auch wenigstens vor der Zeit der quaest. Gutsübertragung der Concurs nicht eröffnet worden. Verklagter beruft sich für seine Weigerung der Klägerin angetragener Maaßen gerecht zu werden auf den Umstand, daß der Anspruch quaest. zum Hypotheken-Register nicht angemeldet worden sey.

Die stillschweigende Präferanz der fraglichen Gefälle äußert sich nur bei einem ausgebrochenen Concurse; in sonstigen Beziehungen ist derselben von den Gesetzen ein Vorrecht nicht eingeräumt worden. Solche ohnehin strictissime zu interpretirende Bestimmungen könnten auch auf den Verkehr, sofern sie in der von der Klägerin angegebenen Ausdehnung — ohne Anmeldung — gegeben würden, nicht anders als höchst nachtheilig wirken, indem dem Ankäufer Immobilis außer dem Hypotheken-Register kein durchgreifendes Mittel zu Gebote steht, zu controliren, ob überhaupt das Grundstück belastet ist. Ist das Recht dagegen zum Hypotheken-Register angemeldet worden, dann kann sich der Kauflustige bei der

Digitized by Google

betreffenden Behörde informiren. Läßt sich hier eine Belastung des Grundstücks nicht entnehmen, dann muß offenbar dafern nicht specielle Gesetze ein Anderes bestimmen, die allgemeine Rechtsvermuthung, daß das Eigenthum unbeschränkt sey, zielgebend seyn.

Der Berechtigte hat aber immer Mittel und Wege genug, sich zu sichern, und versäumt er dieses, dann hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn sein Anspruch, als durch die unterbliebene augenblickliche Betreibung zum rein persönlichen geworden, verloren geht.

Das Real-Recht selbst indeß bleibt trotz der nicht geschehenen Anmeldung, vermöge besondern Gesetzes

(cf. Cabinets-Ordre vom 4. Febr. 1828.)

auf dem Grundvermögen.

Die Tragung der Kosten war der Klägerin wegen ihrer Succumbenz in der Hauptsache zufolge §. 2. Tit. 23. der Prozeß-Ordnung aufzuerlegen, und so mußte also überall wie geschehen erkannt werden.

Brilon, den 27. September 1832.

Königlich Preußisches Justiz-Amt.

Der Appellations-Richter hob dieses Erkenntniß durch folgendes Urtel auf:

In Sachen des Grafen von Bocholtz zu Alme, Klägers und Appellanten wider den Gewerker Peter Ulrich zu Brilon Verklagten und Appellaten

erkennt das Königliche Hofgericht zu Arnsberg, nach Lage der Akten,

für Recht:

daß formalia appellationis zwar gewahrt, in der Sache selbst auch das Erkenntniß des Königl. Justiz-Amts Brilon, de publ. den 23. October 1832, dahin zu reformiren, daß der Präjudizial-Einwand: die eingeklagten Gefälle seyen ohne geschehene Eintragung gegen den dritten Besitzer nicht ferner zu ver-

Digitized by Google

folgen, — zu verwerfen, die Verpflichtung zu den Abgaben und das Quantum noch zur Instruction zu ziehen und salvis remediis hierüber sowohl, wie über den Kostenpunkt in erster Instanz zu erkennen.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Nach der, das Publications-Patent vom 21. Juni 1825 erläuternden Cab. Ordre vom 4. Februar 1828*) sind die Besitzer von Real-Rechten im engern Sinne, wozu namentlich dingliche Abgaben und Leistungen, insbesondere gutsherrliche auf ganze Güter reducirte Gefälle gehören, zur Anmeldung ihrer Real-Rechte nicht aufgefordert worden. Nur, insofern als sie nach dem 1. Dez. 1825 ihre Entstehung erhalten haben, war ihre Anmeldung nach §. 8. Publications-Patent erforderlich. Das dingliche Recht des Gutsherrn in Beziehung auf die ihm aus einem Colonate gebührenden Abgaben ist daher ganz ungeändert geblieben. Die mit dem wirklichen Vorhandenseyn eines Hypothekenbuchs zusammenhängende Vorschrift, daß, wer dem Glauben des Hypothekenbuches gefolgt, gegen alle Ansprüche eines Dritten gesichert seyn soll, paßt hier gar nicht, weil kein Hypothekenbuch vorliegt, und eine Anmeldung gesetzlich nicht geboten war. Es verfolgt also der Real-Berechtigte sein Recht gegen jeden dritten Besitzer, weil der Vorgänger im Besitze diesem Dritten nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hatte.

(Einleitung zum A. L. R. §. 101.)

*) „Daß, da das Publications-Patent von 21. Juni 1825 „in den §§. 8—11. ausdrücklich Hypotheken- und Real„rechte unterscheide, im § 22. aber ausdrücklich nur der „erstern erwähnt, die Vorschrift dieses §. 22. auch nur „auf die erstere bezogen werden kann." s. Esselens Sammlung der Gesetze, rc., welche an die Gerichte im Departement des Königl. Hof-Gerichts zu Arnsberg seit Einführung der Preuß. Gerichts-Verfassung erlassen worden, I. 87.

Digitized by Google

Der Umstand, daß im gegenwärtigen Falle der Colon Gerres beim Verkauf seiner Colonats-Ländereien die Abgabenpflichtigkeit an dem Kläger, dem Ankäufer, verschwiegen, kann nicht den Verlust des Rechts des Klägers, sondern nur zur Folge haben, daß der Verkäufer die Eviction, so weit sie contractlich versprochen, oder gesetzlich begründet, prästiren muß. Entgegengesetzten Falles konnte jeder Gutsherr durch den Verkauf eines abgabepflichtigen Colonats seine daran habende Gerechtsame verlieren. Judex a quo gibt selbst zu, daß die Abgabepflicht nicht verloren gegangen sey; er hält nur dafür, daß der Ankäufer der Colonats-Ländereien den Berechtigten nicht für die rückständigen Abgaben gerecht zu werden brauche, weil er diese beizutreiben verabsäumt und nicht angemeldet habe. Es gibt keine gesetzliche Vorschrift, welche diese Ansicht excepto casu concursus rechtfertigen könnte.

Wäre im vorliegenden Falle Concursus vorhanden, dann würde allerdings der Gutsherr in Bezug auf andere Creditoren nur die in der Concurs-Ordnung privilegirten Rückstände zu fordern berechtigt seyn. Allein so lange kein Concurs vorhanden, hält er sich wegen aller rückständigen Abgaben an das ihm wegen derselben dinglich verhaftete Grundstück. Dadurch, daß die Abgaben rückständig bleiben, verliert das Recht, sie zu fordern, nicht seine dingliche Natur; das Grundstück selbst ist und bleibt für das Recht und alle Rückstände der verfolgbare Gegenstand.

A. L. R. Th. I. Tit. 19. §. 7. 8. Tit. 2. §. 137.

Dieses folgt schon daraus, daß bloß beim Concurse nur zwei- resp. nach der ältern Diskussions-Ordnung dreijährige Rückstände unbedingt den Vorzug vor jedem Creditor genießen. Daß der Kläger nur den Rückstand zweier Jahre vor dem geschehenen Verkaufe gegen den Beklagten als jetzigen Eigenthümer der abgabepflichtigen Grundstücke in Anspruch nimmt, und dieses auf die Behauptung stützt, daß solche zweijährige Rückstände ein

Digitized by Google

stillschweigendes Pfandrecht und ein Vorzugsrecht vor allen andern Forderungen beiwohne, scheint sich auf einen Irrthum des Klägers zu gründen und ändert in der Sache nichts, weil die Klage nur auf die Verfolgung des dinglichen Rechts gehen kann, und im Grunde geht. Eine andere Frage ist aber, ob die Abgabepflicht überhaupt feststeht. Beklagter hat sie direct nicht geläugnet, es ist nur der Rückstand der Abgabe selbst bestritten. Da hierin kein ausdrückliches Geständniß zu finden ist, und auch nicht vorliegt, so muß die Abgabenpflicht selbst und die Richtigkeit des Quantums des Rückstandes zur Instruction gezogen und salvis remediis in erster Instanz erkannt werden.

Publicirt Arnsberg, am 29. November 1833.

Königlich Preuß. Hof-Gericht.

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer,

und

Ober-Landesgerichts-Assessor Fr. Th. Boele.

Dritter Jahrgang.

Viertes Heft.

Arnsberg, 1836

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches Recht und Verfahren,

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Eine Quartalschrift.

Herausgegeben

von

Ober-Landesgerichts-Rath K. J. Ulrich,

Justiz-Rath Dr. J. F. J. Sommer

und

Land- und Stadtgerichts-Direktor Fr. Th. Boele.

Dritter Jahrgang.

Arnsberg, 1837

bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt des vierten Heftes

dritten Jahrgangs.

Seite

XLI. Ob nach den §§. 1 — 4. Cap. 73. der Cleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 und den §§. 99—101. des A. L. R. II. 16. das Zehntrecht auch auf Gußwaaren, so durch den ersten Schmelzprozeß gewonnen, gehe? Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Brandis zu Arnsberg 501

XLII. 1) Auch schon vor der 1sten Verordnung vom 4. März 1834 erlangte der Gläubiger, welcher mit Uebergehung der Sequestration die Subhastation ausbrachte, dadurch ein pignus praetorium.

2) Neue Gesetze können auch pro praeterito wenigstens einen solchen Interpretations-Werth haben, als eine sonstige doktrinelle Interpretation.

3) Der §. 4. der Concurs-Ordnung hindert den Richter nicht, zur Beurtheilung der Qualität einer Forderung das Gesetz zu interpretiren. Rechtsfall, eingeleitet von Sommer . . . 519

Digitized by Google

Seite

XLIII. Auch Etwas zur Geschichte und zum Recht des Fünftel-Abzuges im Herzogthum Westfalen. Vom Herrn Kammerherrn Frhrn. von Schorlemer zu Heringhausen. Mit Nachschrift von Sommer . 530

XLIV. Ueber die Verbindung der Ascendenten-Erbfolge mit der Gütergemeinschaft. Ein Rechtsfall, mitgetheilt vom Hrn. Ober-Landesgerichts-Assessor Arndts in Paderborn 544

XLV. Bindet eine unleserliche Unterschrift des Vertrages, wenn nachgewiesen ist, daß sie als Unterschrift vollzogen worden, übrigens aber der Unterschreibende gewöhnlich nicht unleserlich schreibt? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 549

XLVI. Bürger-Rechte. Theilnahme der Juden an solchen im Herzogthum Westphalen. Rechtsfall, mitgetheilt vom Hrn. Ober-Landesgerichts-Rath Scheppers zu Münster 553

XLVII. Wie erlangt der Käufer u. s. w. das Eigenthum, wenn der Verkäufer nicht im Besitze ist, also nicht tradiren kann? Abhandlung von Sommer . . 560

XLVIII. 1) Berührt der durch das Gesetz vom 21. April 1835 eingeführte Allodifications-Zins jeden Besitzer einer vormals Lehnspflichtigen Realität, auch den, der in gutem Glauben dieselbe gekauft und einen reinen Hypothekenschein erlangt hat?

2) Ist, wer auf den Grund eines Hypothekenscheines in gutem Glauben ein früheres Lehn erworben hat, auch verbunden, das darin bezogene ältere Hypothekenbuch nachzusehen, und muß er sonst die in diesem enthaltenen Notizen als ihm rechtlich bekannt gegen sich gelten lassen? Rechtsfall, mitgetheilt von einem alten Praktiker in der Grafschaft Mark 567

Digitized by Google

Seite

XLIX. 1) Gehen im Recognitions-System die bei der Subhastation nicht angemeldeten Reallasten auf den Erwerber über?

2) Wirkt die Präclusion der Real-Prätendenten auch, wenn gleich solche nicht öffentlich bekannt gemacht worden? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 577

L. 1) Ob in Folge der Verordnung vom 14. Dec. 1833 in Concurs und Liquidations-Prozessen die Appellation auch noch nach Ablauf der 6 Wochen im Termine zur Regulirung der Appellationen angemeldet werden könne?

2) Ist es eine Nichtigkeit, wenn der Richter auf den Grund einer von den Partheien nicht vorgebrachten Rechts-Einrede entscheidet?

3) Kann ein richterlicher Beamter die Cession einer auf einem rechtskräftigen Urtel beruhenden Forderung ohne besonderes Anerkenntniß des Schuldners annehmen?

4) Findet dieses Verbot auch auf eingetragene Forderungen Anwendung? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 581

LI. Welche Gesetzgebung entscheidet über Mobiliar-Fideicommisse, insbesondere über dernn Aufhebung? Von Sommer 593

LII. Ueber die Verpflichtung des Erbverpachters zur fortwährenden Entrichtung der nach dem Fuße der Grundsteuer umgelegten Communal-Laster Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer 599

LIII. Noch Einiges über den §. 233. des A. L. R. I. 21., und über die Form des Leihvertrags überhaupt; als Nachtrag zu dem Aufsatze S. 177. Vom Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor Arndts in Paderborn 617

Digitized by Google

Seite

LIV. Verträge über Eigenthum an Immobilien wenn auch unter 50 Thaler unterliegen unbedingt der schriftlichen Form. Von Fr. Th. Bvele 637

LV. Ueber das Pfand-Recht des Verpächters an den Früchten. Vom Herrn Justiz-Commissar Stute in Soest 650

LVI. Deutsche Geschichte mit besonderer Rücksicht auf Religion, Recht und Staatsverfassung, von Dr. Georg Phillips. Recension von Sommer . . . 653

LVII. Bibliothek des Preuß. Rechts. Ein vollständiges Verzeichniß aller über das Preuß. Recht von den ältesten Zeiten an bis Ende Januar 1835 erschienenen Werke und Abhandlungen. Herausgeg. von Ferd. Julius Hafemann. Recension von Sommer 658

LVIII. Ueber die Anwendbarkeit der prätorischen de recepto actio auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Post-Anstalten, Fuhrleute u. s. w. nach gemeinem Rechte. Ein civilrechtlicher Versuch von Otto. E. Funkhänel. Recension von Sommer 661

LIX. Ausführliches systematisches Handbuch des Preuß. Privatrechts, bearbeitet von Johann Franz Thöne. Auch unter dem Titel: Fundamental-Lehre des Preuß. Privatrechts, einschließlich der Abfassungs-Geschichte des A. L. R. und der Lehre von dem Besitz und der Verjährung, systemat. bearb. von ꝛc. Recension von Sommer 663

Uebersicht der juristischen Literatur vom November und December 1836.

Digitized by Google

XLI.

Ob nach den §§. 1—4. Cap. 73. der Cleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 und den §§. 99—101. des A. L. R. II. 16. das Zehnrecht auch auf Gußwaaren, so durch den ersten Schmelzprozeß gewonnen, gehe?

Rechtsfall, mitgetheilt
vom
Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Brandis** zu Arnsberg.

Die in den allegirten Gesetzen enthaltene interessante Frage, welche meines Wissens in judicando noch nicht zur Sprache gebracht worden, ist in dem folgenden Rechtsfalle entschieden. Dieser Rechtsfall dürfte auch für Provinzen, in denen die allegirten Gesetze nicht gelten, um deshalb von Interesse seyn, weil die Vorschriften der Bergordnung für das Herzogthum Schlesien und Grafschaft Glatz vom 5. Juni 1769, und die der revidirten Bergordnung für das Herzogthum Magdeburg-ꝛc. ꝛc. vom 7. December 1772 in den Cap. 75. resp. 76. fast wörtlich mit denen der Cleve-Märkischen Bergordnung a. a. O. übereinstimmen.

vergl. Mylius Edikten-Sammlung Thl 4. S. 5449; Thl. 5. S. 631.

Digitized by Google

Der Regierungsrath N. ist als Besitzer des bei A. belegenen Eisenberg- und Hüttenwerkes verpflichtet, von seinem Eisenbergwerke den Zehnten zu entrichten.

Ueber die Frage, ob dieser Zehnte für das Jahr 1823 und die Zukunft nur in natura und in Roheisen, wie der Verpflichtete behauptete, oder in Gelde und nach dem Werthe sämmtlicher auf der Hütte verfertigter Gegenstände, wie der Berechtigte forderte, zu entrichten sey, war bereits früher zwischen dem Oberbergamte zu Dortmund und dem Regierungsrath N. ein Prozeß anhängig und dieser rechtskräftig dahin entschieden:

daß Verklagter N. zur Entrichtung des Zehnten nur in natura und gegen verhältnißmäßige Erstattung der Zubereitungskosten verpflichtet sey, die Frage aber, von welchen Produkten für die Folge der Naturalzehnte entrichtet werden müsse, zu einem besonderen Prozesse zu verweisen sey.

Diese ad separatum verwiesene Frage machte der Fiskus, vertreten durch das Oberbergamt zu Dortmund in dem vorliegenden Rechtsstreite zum Gegenstande richterlicher Entscheidung.

Auf dem Hüttenwerke zu A. geschieht die Produktion des Eisens und die Verfertigung der Gußwaaren in folgender Art: Wenn das im Hochofen geschmolzene Erz sich in dem unter diesem Ofen befindlichen Behälter als flüssige Masse gesammelt hat, wird entweder der Behälter geöffnet und die Masse in Vertiefungen geleitet, worin sie sich, je nachdem diese geformet sind, als Roheisen in Göpsen und Masseln, oder als sofort zu gebrauchende Waaren, z. B. als Ofenplatten, gestaltet;

Digitized by Google

oder es wird die Masse aus dem Behälter mit Löffeln geschöpft, und in Formen gegossen, welche in Kasten, oder anderen Behältern befindlich sind, weshalb dieser Guß dann auch Kastenguß, Lehmguß ꝛc. genannt wird. Auf diese letzte Art werden z. B. Töpfe und Cylinderröhren gegossen.

Roheisen wird mithin auf dieselbe Art producirt, wie das zum sofortigen Gebrauche taugliche Eisen. Es wird zwar das Roheisen auf Hütten, bei denen sich Flamm- oder Kugelöfen befinden, durch Umschmelzung zur Anfertigung feinerer Gußwaaren gebraucht; auf dem Hüttenwerke zu A. befinden sich aber dergleichen Vorrichtungen zum Umschmelzen des Roheisens nicht, sondern alle Gußwaaren werden dort unmittelbar vor dem Hochofen durch Abstechen, oder Ausschöpfen des aus dem Eisensteine geschmolzenen Eisens angefertiget.

Sämmtliche Gußwaaren unterscheiden sich daher nur in der äußern Gestalt, sind sich dagegen hinsichtlich der innern Beschaffenheit gleich. Der Werth derselben ist von ihrer äußern Gestalt und dem Gewichte abhängig, und zwar, theils wegen der mehr oder minder künstlichen, einfachen und zeitraubenden Bereitung der Form für das Gußstück und wegen der verschiedenen Kostbarkeit der zur Form gebrauchten Masse, theils wegen der zum Gußstücke erforderlichen größeren, oder kleineren Metallmasse.

Unter den Produkten des Hüttenwerkes — wohin gehören: Platten- und Cylinderöfen, Töpfe, Kessel, Roststäbe ꝛc. — ist daher das Roheisen in Göpsen und Masseln das wohlfeilste Gußstück, weil dazu die einfachste Form und die wohlfeilste Formmasse erforderlich ist.

Digitized by Google

In Roheisen in Göpfen und Masseln wollte nun der Regierungsrath N. den Zehnten entrichten, der Fiskus aber verlangte denselben in allen Hüttenprodukten und führte zur Begründung dieses Anspruches an:

Sowohl nach der Cleve-Märkischen Bergordnung Cap. 73. §. 3., als nach A. L. R. II. 16. §. 101. competire ihm von den zu Kaufmannswaaren gebrachten Hüttenprodukten — von allem, was bei Verschmelzung des Erzes aus dem Ofen fließe, also auch von Roheisen, Plattenguß, Kastenguß, Lehmguß ꝛc. — nicht aber vom rohen Eisenstein — der Zehnte. Sämmtliche Fabrikate der Hütte zu A. entständen aus der ersten Metallerzeugung, dem ersten Schmelzprozesse, und vor der Verzehntung lasse sich zehntfreies und zehntpflichtiges Produkt nicht unterscheiden.

Es sey demnach Verklagter nicht befugt, den Zehnten nur in Roheisen, dem wohlfeilsten Produkte abzuführen. Dieses werde zwar auf vielen Hüttenwerken verkauft, und zur Fabrikation des Stabeisens auf den Hämmern, sowie zur Verfertigung feinerer Gußwaaren gebraucht, aber auch nur zu diesen Zwecken sey dasselbe brauchbar und nicht eine (verkäufliche) Waare, oder doch wenigstens nicht eine allgemeine Kaufmannswaare, finde auch gegenwärtig auf der Hütte zu A. keinen Absatz, sondern diene nur zum Bedarf des Hüttenbesitzers.

Der Fiskus trug aus diesen Gründen darauf an:

den Verklagten für schuldig zu erachten, den Zehnten sowohl für das Hüttenjahr 183½, als für die fol. folgende Zeit in allen Produkten seines Hüttenwerkes zu A. ohne Ausnahme, jedoch gegen Erstattung der

Digitized by Google

nach Verhältniß des Zehnten zur Zugutemachung der Erze im gedachten Hüttenjahre verwendeten, und für die Folge erforderlichen Poch-, Wasch- und Hüttenkosten, so wie derjenigen Kosten, welche zur Anfertigung der Gußwaaren und der zu diesen erforderlichen Formen verwendet würden, zu entrichten.

Der Verklagte wendete dagegen ein:

Wenn gleich sämmtliche Produkte der Hütte zu A. aus dem ersten Schmelzprozesse hervorgingen, so sey doch der Besitzer metallischer Bergwerke sowohl nach der Cleve-Märkischen Bergordnung, als nach dem A. L. R. nur verpflichtet, den dem Fiskus von den Produkten des Bergwerkes, vom Eisensteine, gebührenden Zehnten, gegen verhältnißmäßige Erstattung der Poch-, Wasch- und Hüttenkosten zu verhütten, verkäuflich zu machen. Dieser Verpflichtung leiste er Genüge, wenn er den Zehnten zu Roheisen in Göpfen und Masseln forme und hierin abliefere, da selbiges eine Waare sey. Unerheblich und unrichtig sey es, daß Roheisen gegenwärtig auf der Hütte zu A. keinen Absatz finde, und endlich erscheine auch die Behauptung als unrichtig, daß sich vor der Verzehntung zehntfreies und zehntpflichtiges Produkt nicht unterscheiden lasse; denn die in dem Behälter befindliche flüssige Masse könne ja beim Abstechen des Behälters zu Roheisen abgetheilt werden.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des ersten und zweiten Senates des Ober-Landesgerichtes zu Paderborn de publ. den 25. September 1834 und resp. 10. September 1835 wurde Fiscus mit dem erhobenen Anspruche pure abgewiesen.

Digitized by Google

Die Gründe des Appellationsrichters, soweit selbige hier in Betracht kommen, waren folgende:

Die Partheien sind darüber einig, daß der Verklagte von seinem Eisenbergwerke dem Fiskus den diesem aus dem Bergwerksregal gebührenden Zehnten zu entrichten habe, und daß rechtskräftigen Erkenntnissen zufolge Verklagter nur verpflichtet sey, denselben in natura abzuführen; sie streiten aber darüber, ob nach den Gesetzen dieser Zehnte in sämmtlichen Producten der Hütte, oder nur in einer, oder der andern Art derselben entrichtet werden müsse.

Das Eisenbergwerk zu A. liegt im ehemaligen Fürstenthume Paderborn. Die zur Anwendung kommenden Gesetze sind daher nach dem Patente vom 16. Mai 1803:

(wegen Verwaltung des Bergwerksregals in dem bisherigen nunmehr säcularisirten Fürstenthum Paderborn), die für das Herzogthum Cleve, Fürstenthum Meurs und die Grafschaft Mark unterm 29. April 1766 erlassene revidirte Bergordnung und das A. Landrecht.

(vergl. Rabe's Samml. Preuß. Ges. Bd. 1. S. 168.; Bd. 7. S. 464, 465. — Publications-Patent vom 9. September 1814 (Ges. Samml. S. 89.) §. 2.)

Im §. 5. des Patentes vom 16. Mai 1803 ist insbesondere bestimmt, daß es mit Erhebung des Zehnten und den übrigen Bergwerksgefällen nach Vorschrift jener Cleve-Märkischen Bergordnung gehalten werden solle.

Diese Bergordnung disponirt nun im Cap. 73. §. 1—4.:

Digitized by Google

§. 1. „Da es überhaupt und bei allen Bergwerken ausgemacht ist und feststeht, daß dem Landesherren von allem aus der Erde zu Tage gebrachten metallischen Erzen, Mineralien und Fossilien der Zehnte gebühre, und zu deren Gewinn und zu Tagebringung keine Bergkosten mitzutragen habe, so behalten wir Uns ein Gleiches vor, und verordnen dahero:

§. 2. „Daß bei den Steinkohlenbergwerken von Gewerken und Schichtmeistern, sobald sie zur Kohlenförderung gelangen, alle Kohlen verkauft und von dem summarischen Geldertrage von allen verkauften Kohlen gleich bishero geschehen, der Zehnde noch fernerhin Uns berechnet ꝛc. werden soll.

§. 3. „Da es hingegen bei metallischen und mineralischen- Vitriol-, Alaun- und dergleichen Bergwerken eine ganz andere Beschaffenheit hat, indem dergleichen Erze durch Feuer, oder sonst erst zu ihrer Consistenz und zu Kaufmannswaaren gebracht werden müssen, so wollen wir auch dieselbige, sowie sie zu Tage auf die Halde gefördert sind, nicht in natura annehmen, wohl aber die auf die Zugutemachung solcher Erze erforderlichen Poch-, Wasch- und Hüttenkosten pro rata mittragen und Uns an den Uns gebührenden Zehnten decourtiren lassen.“

Was den im §. 3 cit. enthaltenen Ausdruck: „auf die Halde gefördert sind“ anbetrifft, so nennt man Halden die Steinhaufen, welche um die Schichte herum, oder vor den Stollen befindlich sind und dadurch entstehen, daß

Digitized by Google

das aus den Gruben herausgezogene Gestein auf einander gestürzt wird.

vergl. Ch. H. Gottlieb Hake's Commentar über das Bergrecht S. 113. Anmerkung.

Fast übereinstimmend mit obigen Vorschriften verordnet das A. L. R. II. 16.:

§. 98. „Von allen zum Bergwerksregale gehörenden Metallen und Mineralien, welche die Beliehenen gewinnen, gebührt dem Staate der Zehnte.

§. 99. „Zu den Bergwerkskosten dieser Metalle und Mineralien trägt der Staat wegen seines Zehnten nichts bei.

§. 100. „Es muß also von Bergprodukten, welche, sowie sie aus der Erde gebracht werden, ohne weitere Zurichtung verkauft werden können, der Zehnte in Natur, oder das dafür gelöfete Geld ohne Abzug sofort entrichtet werden.

§. 101. „Bei metallischen und mineralischen Bergwerken dagegen, deren Produkte durch Feuer, oder andere Zurichtung erst verkäuflich gemacht werden müssen, trägt der Staat zu den Poch-, Wasch-, Hütten- und sonstigen Zubereitungskosten nach Verhältniß seines Zehnten mit bei."

Diese angeführten gesetzlichen Bestimmungen lassen nun allerdings Zweifel darüber entstehen, was der Fiskus bei metallischen Bergwerken als Zehnten fordern könne, indem ausdrücklich nur festgesetzt ist, daß er die Erze ꝛc. nicht in natura, wie sie zu Tage gefördert sind, annehmen solle.

Digitized by Google

Um nun den Sinn derselben aufzufinden, frägt es sich zunächst:

ob der Gesetzgeber das rohe Erz, wie Verklagter, oder die Hüttenprodukte, wie Kläger vermeint, als dem Zehntrecht unterworfen angesehen hat?

denn: sind die Hüttenprodukte zehntbar, so muß der Zehnte unzweifelhaft in allen Produkten der Hütte abgeführt werden; ist es das rohe Erz, so muß bei allem Uebrigen, was außer dem Hingeben des rohen Erzes gefordert wird, das Gesetz strictissime interpretirt werden.

Daß nun der Gesetzgeber die allgemeine Regel, der zufolge die Erzeugnisse des Bodens nur in der Art, wie sie aus den Händen der Natur kommen, einer Verzehntung unterworfen sind, auch beim Bergwerksregal nicht abgeändert, vielmehr das rohe Erz als dem Zehntrecht unterworfen angesehen hat, ergeben:

I. Schon die Worte der angeführten Gesetze. In dem alleg. §. 1. der Cleve-Märkischen Bergordnung a. a. O. ist es ja deutlich ausgesprochen, daß von allen aus der Erde gebrachten metallischen Erzen dem Landesherrn der Zehnte gebühre.

Der Mandatar des Klägers vermeint zwar: Aus den §. 3 a. a. O.:

„da es hingegen bei metallischen ꝛc. Bergwerken eine ganz andere Beschaffenheit hat"

gehe hervor, daß die im §. 1. daselbst aufgestellte Regel durch den §. 3. habe abgeändert werden sollen, der §. 1. müsse deshalb bei Interpretation des §. 3. unberücksichtigt bleiben. Allein nicht von der im §. 1. aufgestellten

Digitized by Google

Regel, sondern von der im §. 2. enthaltenen Bestimmung, bildet der §. 3. einen Gegensatz, sowie der §. 101. des A. L. R. a. a. O. von dem §. 100., wie dies eine auch nur oberflächliche Ansicht jener Gesetzstellen ergibt.

II. Auch aus den Bestimmungen:

„daß der Staat zu den Gewinnungskosten nichts beitrage," §. 1. der Cleve-Märkischen Bergordnung

und

„daß er die Erze nicht in natura annehmen solle" §. 3.

ergibt sich, daß eben die rohen Erze, als der zehntbare Gegenstand angesehen sind.

Das Unrichtige des vom Mandater des Klägers aufgestellten Schlusses:

„Aus der Bestimmung, daß der Staat die Erze in Natur nicht annehmen solle, folge klar, daß er den Zehnten von den Hüttenprodukten fordern könne,"

leuchtet ein, indem es doch wenigstens eben so möglich ist, daß der Gesetzgeber den Bergwerksbesitzer nur hat verpflichten wollen, den dem Fiskus vom rohen Erze gebührenden Zehnten zur Waare zu verhütten, verkäuflich zu machen.

III. Daß das rohe Erz dem Zehntrecht unterworfen, geht auch daraus hervor, daß der Staat zu den Poch-, Wasch- und Hüttenkosten beitragen soll; denn auch der aus dem Bergwerksregal hergeleitete Zehnte richtet sich, als eine Species des Zehnten, nach den für diesen überhaupt geltenden Grundsätzen. Bei keiner Art des Zehnten trägt aber der Zehntherr zur Gewinnung der zehntpflichtigen Gegenstände etwas bei. Man darf demnach daraus,

Digitized by Google

daß der Staat verpflichtet worden, zu den besagten Kosten mit beizutragen, folgern, daß etwas Anderes, als die Hüttenprodurte und das ausgeschmolzene Erz zehntbar sey, dies Andere kann aber nur das rohe Erz seyn.

Dafür, daß dieses dem Zehntrechte unterworfen, spricht

IV. ferner, daß das Gesetz den Fall kennt, daß der Besitzer eines metallischen Bergwerkes nicht zugleich Besitzer eines Hüttenwerkes ist.

A. L. R. a. a. O. — Cleve-Märkische Bergordnung Cap. LIX. LX.

Nirgends verbieten nämlich die Gesetze einem solchen Bergwerksbesitzer, den rohen Eisenstein im Inlande an einen Hüttenbesitzer, oder sonstigen Dritten zu verkaufen.

A. L. R. a. a. O. — Cleve-Märk. Verordnung Cap. LXIII.

Ist aber der Bergwerksbesitzer nicht verpflichtet, sämmtliche gewonnene Erze zu verhütten, so wird auch der Zehnte nicht von den Hüttenprodukten erhoben, da ja der Bergwerksbesitzer nicht verpflichtet ist, solche zu produciren.

V. Endlich läßt darüber, daß das rohe Erz der zehntbare Gegenstand sey, die Disposition der Cleve-Märkischen Bergordnung im Cap. XIX. keinen Zweifel übrig, indem diese dahin lautet:

„Wie Uns als Landesherrn der Zehnte gebühren, so versteht sich von selbst, daß hiernächst vor die Erbstolle das Neunte folgen könne; daher soll von der ganzen Quantität der geförderten Erze ꝛc. zuerst der Zehnte abgezogen ꝛc. werden.“

Digitized by Google

Ist diesemnach anzunehmen, daß das rohe Erz, nicht aber die Hüttenprodukte, als dem Zehntrechte unterworfen angesehen sind, so müssen auch der §. 3. der Cleve-Märkischen Bergordnung und der §. 101. des A. L. R. a. a. O, die deutlich ein Mehreres, als das Hingeben der rohen Erze fordern, eine Ausnahme von der Regel enthalten, daß einem Zehntrechte die Erzeugnisse des Bodens nur in der Art, wie sie aus den Händen der Natur kommen, unterworfen sind, strictissime interpretirt werden. Man kann daher selbige mit dem Verklagten nur dahin auslegen, daß der Gesetzgeber den Bergwerksbesitzer habe verpflichten wollen, den zehnten Theil des rohen Erzes zu verhütten, zur Consistenz zu bringen, verkäuflich zu machen, als Waare gegen verhältnißmäßige Erstattung der auf die Zubereitung der Erze verwendeten Kosten, abzuliefern.

Zu einem Mehreren verpflichteten die Worte der allegirten Gesetze den Bergwerksbesitzer nicht, aber auch der nächste Grund jener Gesetze dürfte ergeben, daß derselbe zu einem Mehreren nicht hat verpflichtet werden sollen, denn:

Bei Abfassung der §. 3. und 101 cit. erwog der Gesetzgeber wohl nur, daß das rohe Erz einen unverhältnißmäßig geringen Werth gegen das ausgeschmolzene habe, das finanzielle Interesse des Staates daher darunter leide, wenn dennoch in rohem Erze der Zehnte angenommen werde. Diesem Uebelstande konnte dadurch abgeholfen werden, daß der Bergwerksbesitzer verpflichtet wurde, den zehnten Theil des rohen Erzes gegen Ersatz der Zubereitungskosten zur Waare zu verhütten.

War dieses der Grund, der den Gesetzgeber bei Abfassung der §. 3. und 103 cit leitete — und daß

Digitized by Google

er es war, geht nicht undeutlich aus der Fassung jener Vorschriften hervor — so ist man auch anzunehmen berechtigt, daß der Bergwerksbesitzer zu einem Mehreren nicht hat verpflichtet werden sollen, als zur Erreichung des angeführten Zweckes nothwendig war.

Der obigen Interpretation der §. 3. und 101 cit. muß denn endlich auch um so mehr beigestimmt werden, als nach §. 15. A. L. R. I. 19.:

„da, wo das Daseyn einer Einschränkung (des Eigenthums) klar, die Art derselben aber streitig und zweifelhaft ist, die Vermuthung für diejenige Art der Einschränkung statt findet, welche dem Eigenthümer am wenigsten lästig ist"

Durch die bisherige Ausführung ist denn auch die dunkle Behauptung des Klägers beseitigt, „es lasse sich vor der Verzehntung zehntfreies und zehntpflichtiges Produkt nicht unterscheiden," denn die Hüttenprodukte sind dem Zehntrechte nicht unterworfen.

Aus diesem Grunde erscheint auch der Umstand als unerheblich, daß sämmtliche Produkte der Hütte zu A. aus der ersten Metallerzeugung entstehen, worauf Kläger besonderes Gewicht legt.

Der Mandatar desselben sucht zwar den Anspruch des Fiskus eventualiter durch die Behauptung zu rechtfertigen: wenn auch der Bergwerksbesitzer nur verpflichtet sey, den dem Fiskus vom rohen Erze gebührenden Zehnten zu verhütten, so könne doch der Letztere vorschreiben, zu welcher Waare der Zehnte verhüttet werden solle.

Allein ein solches exorbitantes Recht ist dem Fiskus nirgends in den Gesetzen beigelegt; eine derartige Ver-

Digitized by Google

pflichtung würde auch dem Bergwerksbesitzer lästiger seyn, als selbst das Erheben des Zehnten von den Hüttenprodukten, denn er könnte ja dann auch gezwungen werden, Waaren zu verfertigen, die er bisher nie verfertigt, und von deren künftiger Verfertigung er für sich nur sehr geringen, oder gar keinen Vortheil hätte; er könnte gezwungen werden, den Zehnten zu den feinsten Waaren zu verhütten. Außerdem spricht gegen diese Behauptung auch das oben gegen die Ansicht, daß die Hüttenprodukte zehntbar seyn, Angeführte. — Die Wahl, in welcher Waare der Zehnte entrichtet werden solle, kann demnach nur dem Verpflichteten zugestanden werden.

Sind nun der obigen Ausführung zufolge nicht die Hüttenprodukte dem Zehntrechte unterworfen, ist vielmehr der Verklagte nur verpflichtet, den dem Fiskus vom rohen Erze gebührenden Zehnten zu verhütten, zur Waare zu verarbeiten, — steht es ferner in der Wahl des Verklagten, in welcher Waare er den Zehnten abliefern will, so ist der Anspruch des Klägers, der den Zehnten in allen Produkten des Hüttenwerkes fordert, völlig ungegründet und eine Beantwortung der Frage, ob Roheisen Waare sey, unnöthig.

Es wird hierauf ausgeführt, daß indessen auch diese Frage bejahet werden müsse.

Das klagende Oberbergamt legte gegen diese Entscheidung rechtszeitig die Nichtigkeits-Beschwerde ein, worauf denn das Geheime Obertribunal für Recht erkannte:

daß die Förmlichkeiten des eingewandten Rechtsmittels beachtet, in der Sache selbst auch das am 10. Sept. 1835 publicirte Appellationsurtheil des zweiten Senates

Digitized by Google

des Ober-Landesgerichtes zu Paderborn als nichtig aufzuheben und die Kosten desselben niederzuschlagen, die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens aber zu compensiren; in der Hauptsache sodann das am 25. Sept. 1834 eröffnete Erkenntniß des ersten Senates des Ober-Landesgerichts zu Paderborn dahin abzuändern, daß Fiskus mit der erhobenen Klage nicht abzuweisen, vielmehr der Verklagte für schuldig zu erachten sey, den von dem Eisen-, Berg- und Hüttenwerke zu A. zu entrichtenden Bergzehnten für das Hüttenjahr $18^{31}/_{32}$ und die folgende Zeit in der Art abzutragen, daß von allen durch den ersten Schmelzprozeß auf dem Hochofen gewonnenen Eisengußwaaren in der nämlichen Form, wie diese Waaren producirt werden, dem Fisko das zehnte Stück gegen verhältnißmäßige Erstattung der auf die Zubereitung des Eisensteines, sowie auf das Schmelzen und Formen verwandten Kosten, oder der s. g. Poch-, Wasch- und Hüttenkosten, in natura zu verabfolgen und Fiskus keineswegs verbunden sey, sich mit bloßen Gänsen†) oder Masseln zu begnügen, wenn andere Gußwaaren durch den ersten Schmelzprozeß gewonnen sind, im übrigen die Kosten beider ersten Instanzen ꝛc. ꝛc.

Gründe.*)

Bei der Entscheidung der vorliegenden Sache kommt es lediglich auf die Auslegung der Cleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766, welche durch das

*) Meines Erachtens sind diese Gründe nicht geeignet, die Entscheidung der beiden ersten Richter als unrichtig darzustellen.

†) Es muß Göösen heißen. Denn das fälschlich für plattdeutsch Gans gehaltene Goos kommt hier von Guß her. Sommer.

Digitized by Google

Patent vom 16. Mai 1803 auch im Paderborn'schen als Provinzialgesetz eingeführt ist und insonderheit auf die Bestimmungen im Cap. 73. §. 1. und 3. an.

Der Verklagte und mit ihm der Appellationsrichter verstehen solche und besonders den §. 3. dahin:

daß auch bei metallischen Bergwerken die Zehntpflicht blos auf dem rohen Produkt, so wie es aus der Erde zu Tage gefördert ist, nämlich auf dem Eisensteine hafte.

Wenn dies richtig, dann wäre auch die Entscheidung des Appellationsrichters völlig gerechtfertiget, und Fiskus würde ein Mehreres nicht verlangen können, als: daß der Verklagte es ihm gestatte, den Zehnten von dem rohen Eisensteine in natura zu entnehmen.

Wenn aber dies nicht geschieht, sondern Fiskus den Zehnten in geschmolzenem Erze entnimmt, dann würde auch unter dieser Voraussetzung der Verklagte genug thuen, dem Kläger das geschmolzene Erz in jeder ihm beliebigen Form zu verabfolgen.

Fiskus behauptet aber, daß die Zehntpflicht nicht auf dem rohen Eisensteine, sondern auf dem durch den Schmelzprozeß gewonnenen Produkt hafte, daß daher der Appellationsrichter das Gesetz unrichtig interpretirt habe und folglich das Urtheil in Gemäßheit der Verordnung vom 14. Dec. 1833 §. 4. Nr. 1. der Nichtigkeit unterliege.

Man muß dem Imploranten auch hierin beipflichten.

Allerdings stellt es die Cleve-Märkische Bergordnung Cap. 73. §. 1. als allgemeine Regel auf:

daß bei allen Bergwerken (auch den metallischen) der Zehnte nur von den aus der Erde zu Tage gebrachten Erzen, Mineralien und Fossilien zu entrichten sey, ohne

Digitized by Google

daß der Zehntherr schuldig sey, zu den Förderungskosten irgend einen Beitrag zu liefern;

das Gesetz hält dann auch §. 2. bei Steinkohlenbergwerken an dieser aufgestellten Regel lediglich fest, und modificirt solche nur dahin:

daß der Zehntherr hier den Zehnten von dem Erlös des Kaufpreises der Kohlen zu fordern berechtigt sey.

In dem folgenden §. 3. wird hingegen in Betreff der metallischen Bergwerke von der aufgestellten allgemeinen Regel soweit abgewichen, als daselbst bestimmt ist:

da es hingegen bei den metallischen und mineralischen Bergwerken eine ganz andere Beschaffenheit hat, indem dergleichen Erze durch Feuer, oder sonst erst zu ihrer Consistenz und zur Kaufmannswaare gebracht werden müssen, so wollen wir auch dieselben, wie sie zu Tage auf die Halde gefördert sind, nicht in natura annehmen, wohl aber die auf die Zugutemachung solcher Erze erforderlichen Poch-, Wasch- und Hüttenkosten pro rata mittragen und uns von dem Zehnten decourtiren lassen.

Hiernach liegt also dem Inhaber des Bergwerkes unbedingt die Pflicht ob, das zu Tage geförderte Erz zu schmelzen und diese dem Bergwerkinhaber noch besonders auferlegte Last, macht solchergestalt einen integrirenden Theil der Zehntpflicht und des Zehntrechtes aus.

Zwar ist auf der andern Seite dem Zehntpflichtigen diese Last wiederum dadurch erleichtert, daß ihm die Poch-, Wasch- und Hüttenkosten pro rata erstattet werden sollen, allein die Verbindlichkeit des Zehntpflichtigen im Allgemeinen: das zu Tage geförderte Erz zu schmelzen, bleibt nichts desto weniger bestehen.

Digitized by Google

Haftet nun aber die Zehntpflicht nicht blos auf dem rohen Eisensteine, sondern zugleich mit auf dem geschmolzenen Erze, so hat auch nach den allgemeinen Grundsätzen des Zehntrechtes der Fiskus das Recht von allen Sorten gegossenen Eisens, sowie sie durch den ersten Schmelzprozeß und durch das Abflößen oder Abschöpfen aus dem Hochofen in die betreffenden Gefäße sich gestalten, zu fordern und dem Verklagten steht es keineswegs zu, nach seiner Wahl den Zehnten in den schlechtesten Produkten des gegossenen Eisens, in sogenannten Gänsen und Masseln, zu entrichten, vielmehr kann der Fiskus, wenn beispielsweise 10 Stück Masseln, 10 Ofenplatten, 10 Töpfe, 10 ganze Oefen gleich durch den ersten Schmelzprozeß gewonnen werden, als Zehnten auch eine Massel, eine Ofenplatte, einen Topf und einen Ofen fordern, ganz in ähnlicher Art, wie bei dem Fruchtzehnten der Zehnte von allen Fruchtarten und bei dem blutigen Zehnten von allen Gattungen des Viehes entrichtet werden muß.

A. L. R. II. Tit. 11. §. 876. 895 u. folg. §. 910. 915. 916.

Da nun hiernach der Appellationsrichter bei der Entscheidung der Sache gegen die allegirten gesetzlichen Vorschriften der Cleve-Märkischen Bergordnung und des Allg. Landrechtes verstoßen, mithin Rechtsgrundsätze verletzt hat, so mußte auch das Urtheil vernichtet werden.

Die Entscheidung der Hauptsache ergibt sich hiernach von selbst dahin, daß das Urtheil erster Instanz, so wie geschehen abzuändern war. ꝛc. ꝛc.

Berlin, den 17. Juni 1836.

(gez.) Sack.

Digitized by Google

XLII.

1) Auch schon vor der 1sten Verordnung vom 4. März 1834 erlangte der Gläubiger, welcher mit Uebergehung der Sequestration die Subhastation ausbrachte, dadurch ein pignus praetorium.

2) Neue Gesetze können auch pro praeterito wenigstens einen solchen Interpretationswerth haben, als eine sonstige doktrinelle Interpretation.

3) Der §. 44 der Concurs-Ordnung hindert den Richter nicht, zur Beurtheilung der Qualität einer Forderung das Gesetz zu interpretiren.

Rechtsfall, eingeleitet von Sommer.

(A. G. O. I. 50. §. 448. 488. I. 24. §. 110. 112. 116. 117. 141. Anh. §. 171. I. Verord. vom 4. März 1834. §. 22.)

Bekanntlich nahm man bis zur Erscheinung des ersten Bandes von Simon und v. Strampff's Rechtssprüchen Bd. 1. S. 25 folg. allgemein auf den Grund der Ministerial-Reskripte vom 1. Juli 1799 (Stengel

Digitized by Google

Beiträge Bd. 1. S. 234.) und 2. September 1799 (Stengel Bd. 9. S. 242.) an, daß die Einleitung der Subhastation den Gläubigern ein pignus praetorium, das Vorrecht der fünften Classe gebe, wenn auch nicht zuvor die Sequestration des Grundstücks wirklich verhängt worden. Die Bekanntwerdung der entgegengesetzten Ansicht des Geheimen Ober-Tribunals erregte daher einen wahren Schrecken unter den bisher in gutem Glauben auf den Grund jenes pignoris praetorii intabulirten Gläubigern, und die Stände der Provinz Westphalen verwandten sich deshalb auf dem Landtage von 1828 an des Königs Majestät mit dem Antrage um Erlassung einer gesetzlichen Bestimmung, daß der Gläubiger befugt sey, die ihm aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse zustehende Forderung in das Hypothekenbuch gegen den Schuldner eintragen zu lassen. (Der zweite Westphäl. Landtag, Münster 1830. Verhandlungen S. 42. N. XXIV.) Dieser Antrag ward (Abschied S. 12. N. 24.) an das Justiz-Ministerium zur Prüfung bei der Revision der Gesetzgebung abgegeben, und der §. 22. der 1sten Verordnung vom 4. März 1834 gewährte denselben. Es bleibt nun aber noch immerhin eine sehr wichtige Frage, ob bis zur Gesetzeskraft dieser Verordnung die Ansicht des Geheimen Ober-Tribunals in der bezogenen Stelle der Rechtssprüche die richtige gewesen; denn wäre dies, so würden alle auf den Grund eines solchen nicht vorhandenen pignoris praetorii eingetragenen Hypotheken nichtig seyn, maaßen die Eintragung nicht einen Titel, der nicht vorhanden, schaffen kann. — Ein solcher Fall begab sich nun in der Keitmann'schen Subha-

Digitized by Google

stations-Sache beim Justiz-Amt Menden. Vor der Gesetzeskraft der Verordnung vom 4. März 1834 war für Heuse ex judicato ohne vorherige Sequestration eine Hypothek recognoscirt, und Heinrich Keitmann, Inhaber einer später recognoscirten, übrigens wegen der Gültigkeit ihres Titels unangefochtenen, Hypothek bestritt jener die Priorität, weil sie überhaupt in Ermangelung eines Titels — nach den Gründen des Geheimen Ober-Tribunals in Simon und v. Strampff's Rechtssprüchen 1. 25 folg. — nichtig sey. Sowohl das Justiz-Amt Menden als das Ober-Landesgericht zu Arnsberg nahmen aber an, daß hier ein pignus praetorium unabhängig von der Sequestration vorliege. Insbesondere bemerkte das Ober-Landesgericht, die früher kontroverse Frage müsse jetzt allerdings bejaht werden, da die Behufs Befriedigung einer persönlichen Forderung nachgesuchte Execution der Forderung selbst einen Titel zum Pfandrecht gewähre, so daß hierdurch jeder Zweifel über diesen Punkt gehoben sey; ferner: es lasse sich auch nicht einsehen, wie eine der Subhastation gewöhnlich vorhergegangene Sequestration als das minus hier mehr wirken solle, als das materielle majus, die Subhastation selbst. Das Geheime Ober-Tribunal hat nun die hiergegen von H. Keitmann erhobene Nichtigkeitsbeschwerde unterm 16. Juli 1836 zurückgewiesen, seine frühere Meinung geändert. Wir eilen, dies wichtige Ereigniß — denn das ist es — zu veröffentlichen durch folgende Mittheilung der

Gründe.

Gegen diese Entscheidung erhebt nun Implorant die

Digitized by Google

Nichtigkeitsbeschwerde und glaubt, daß der Appellationsrichter zwei Rechtsgrundsätze verletzt habe:

1) dadurch, daß er den Implorаten durch die wegen ihrer persönlichen Forderungen extrahirte Subhastation einen Titel zum Pfandrechte beigelegt habe.

Die allgemeine Gerichts-Ordnung gebe aber einen Hypotheken-Titel nur denjenigen persönlichen Gläubigern, welche die Immission in die Grundstücke oder deren Sequestration extrahirt haben, von Subhastation sey darin gar nicht die Rede.

Zwischen beiden walte aber gleichwohl ein großer Unterschied ob, wie auch schon in anderen Sachen das Geheime Ober-Tribunal angenommen habe.

Denn bei wirklicher Immission werde der Gläubiger in den Besitz des Grundstücks gesetzt, bei der Subhastation aber bleibe der Schuldner im Besitz des Grundstücks bis nach beendigter Subhastation.

Der Appellations-Richter habe offenbar das neuere Gesetz über die Execution in Civilsachen vom 4. März 1834 vor Augen gehabt, nach dessen §. 22. allerdings durch die Execution ein persönlicher Gläubiger einen Titel zum Pfandrecht auf die dem Schuldner zugehörigen Immobilien erwerbe — also ohne Unterschied der Sequestration oder Subhastation.

Allein dieses neuere Gesetz sey auf vorhergegangene Fälle nicht anwendbar, da die Subhastation früher erfolgt und selbst die Adjudicatoria, letztere schon den 15. April 1834 ergangen, das allegirte Gesetz aber erst am 1. Mai 1834 in Kraft getreten und keine bloße Declaratoria sey.

Digitized by Google

Hiernach habe also der Appellations-Richter nach §. 4. Nro. 1. des Gesetzes vom 14. Dezember 1833 einen Rechtsgrundsatz verletzt, weil er die Verordnung von 1834 in einem Falle, wofür sie nicht bestimmt war, in Anwendung gebracht habe.

Allein dieser Beschwerdepunkt ist, so vielen materiellen Werth er auch an sich haben mag, dennoch formell unbegründet. Denn der Appellations-Richter sagt mit keinem Worte, daß er seine Entscheidung auf das Gesetz von 1834 gründe; er mag es allerdings vor Augen gehabt haben, indem er sagt:

daß die früher controvers gewesene Frage: ob durch die wegen einer persönlichen Forderung extrahirte Subhastation ein dingliches Recht entstehe, wenn die Forderung darauf beim Hypotheken-Richter angemeldet werde? jetzt allerdings bejaht werden müsse, da die Execution einen Titel zum Pfandrechte gewähre.

Allein ausdrücklich gründet er seine Entscheidung nicht auf dieses Gesetz und noch weniger bloß und lediglich auf dasselbe, vielmehr entwickelt der Appellations-Richter seine eigne Theorie, indem er sagt, daß, wenn schon die Sequestration einen Titel zum Pfandrecht gebe, diesen um so mehr die Subhastation als das majus geben müsse.

Ob diese Schlußfolge an sich richtig ist, mag allerdings zweifelhaft seyn, ist wenigstens für eine Controverse gehalten worden, allein man kann nicht sagen, daß der Appellations-Richter bei Entscheidung dieser Controverse durch die Gleichstellung der Wirkungen einer Subhastation

Digitized by Google

mit denen der Sequestration einen Rechtsgrundsatz verletzt habe. Denn dadurch

a) daß das Geheime Ober-Tribunal in einer andern Sache das Prinzip angenommen hat:

bei der Subhastation bleibe der Schuldner im Besitze des Grundstücks, bei der wirklichen Immission komme aber der Gläubiger in den Besitz, die Wirkung sey also ganz verschieden!

wird noch kein Rechtsgrundsatz gebildet, und es kommt nicht auf eine nähere Beurtheilung der Richtigkeit jenes Judikats an, denn nicht dasselbe kann als solches, die vorliegende Sache entscheiden, sondern es kommt darauf an:

b) ob der Appellations-Richter gegen wirkliche Gesetze, deren Sinn und Zusammenhang dadurch verstoßen hat, daß er die Subhastation der wirklichen Sequestration in ihren Wirkungen gleich gestellt hat, insbesondere: ob die §. 448. und resp. 488. der Concurs-Ordnung — wie Implorant glaubt — verletzt sind?

Allerdings disponirt der §. 448. nichts von der Subhastation, sondern unter dem Maginale „Creditores immissi" Folgendes:

„An diesen Ort (der 5ten Klasse) können jedoch nur Diejenigen Anspruch machen, auf deren Antrag die Pfändung erfolgt, oder die Immission entweder nach Vorschrift Titel 24. §. 119 im eigentlichen Verstande geschehen, oder die wirkliche Sequestration verhängt ist. Waren schon auf Andringen anderer Gläubiger das Grundstück oder die beweglichen Effekten in Be-

Digitized by Google

schlag genommen, so ist es genug, wenn der Richter einen folgenden Gläubiger durch ein Dekret für immittirt erklärt, und dieses demjenigen, welchem die Verwaltung des Grundstückes, oder die Verwahrung der gepfändeten Effekten übertragen worden, bekannt gemacht wird. Sind mehrere Gläubiger auf diese Art immittirt, so bestimmt die Zeit der Immission die Priorität unter ihnen."

Allein, wenn man den Sinn und Zusammenhang dieser Gesetzstelle mit anderen in Verbindung stehenden gesetzlichen Vorschriften vergleicht, und auf die ratio legis zurückgeht, so erscheint die Ansicht des Appellations-Richters dergestalt gerechtfertigt, daß man ihn der Verletzung eines Rechtsgrundsatzes nicht beschuldigen kann.

Bei persönlichen Forderungen, wozu die der Imploraten ursprünglich gehörten, erfordert der §. 110. der Exekutions-Ordnung Titel 24. Thl. I. Ger. Ordn.:

daß ein solcher Gläubiger nach fruchtloser Exekution in's Mobilare, nach §. 112. zuvörderst die Gutseinkünfte in Beschlag nehmen soll und darf, sofern die Forderung binnen Jahr und Tag aus den Einkünften befriedigt werden kann, und wenn dieses nicht hinreicht, so soll nach §. 116. und 117. Ger. Ordn. die Sequestration eintreten

Der Anhang zur Allgem. Gerichts-Ordnung bestimmt solches noch genauer dahin:

„Bei jeder im Wege der Exekution von einem Personal- oder Realgläubiger nachgesuchten Subhastation eines Grundstücks muß der Richter die im §. 112. vorgeschriebene Prüfung anstellen, ob die exekutivisch beizu-

Digitized by Google

treibende Forderung binnen Jahresfrist aus den Gutseinkünften berichtigt werden kann? Nur wenn dieses möglich ist, muß die Subhastation verweigert, und Sequestration auf ein Jahr verfügt, im entgegengesetzten Falle aber die ungesäumte Subhastation gestattet werden!"

Dieses Gesetz ertheilt also auch einem Personalgläubiger das Recht, was ihm sonst nach §. 141. der Exekutions-Ordnung nicht zustand — sofort die Subhastation nachzusuchen, wenn er nicht binnen Jahresfrist aus den Gutseinkünften des fundi befriedigt werden kann.

Wenn nun aber dem Gläubiger schon dann Immissionsrechte beigelegt werden, wenn er die Sequestration veranlaßt oder ausgebracht hat, und wenn ihm das Gesetz in jenem Falle sogar ein Recht, nämlich

das Recht, mit Uebergehung der Sequestration sogleich zur Subhastation zu schreiten, einräumt,

so kann man unmöglich einen Trugschluß rechtfertigen, der darin liegen würde,

daß der Personalgläubiger, welcher sofort die Subhastation nachzusuchen berechtigt ist,

weniger Rechte haben sollte, als wenn er nur die Sequestration als einen untergeordneten Grad der Exekution zu extrahiren befugt gewesen wäre und sie resp. extrahirt hätte, d. h. daß er von den Rechten der Immission ausgeschlossen seyn sollte! Daß in dem §. 448. der Concurs-Ordnung, der Subhastation nicht ausdrücklich gedacht ist, mag wohl darin seinen Grund haben, daß man bei

Digitized by Google

den Personalgläubigern immer den Gesichtspunkt hatte, daß sie erst die früheren Grade der Mobilar- und resp. Real-Exekution, letztere durch Beschlagnahme der Einkünfte und resp. Sequestration durchgehen mußten, ehe sie zur Subhastation gelangten, und erst der §. 171. des Anhangs dieses modificirt hat, und weil in der Regel einer Subhastation die Sequestration vorangeht und also der Gesetzgeber beim Entwurf des allegirten §. 448. vorausgesetzt haben mag:

daß es für die Subhastation keiner besondern Vorschrift bedürfe, da der Extrahent durch die als vorangegangen vorausgesetzte Sequestration bereits Immissionsrechte erlangt habe.

Wäre aber auch der Sinn des §. 448. noch zweifelhaft, so findet man doch in dem Gesetz vom 4. März 1834 und dessen §. 22. eine zureichende Interpretation desselben und resp. die Absicht des Gesetzgebers,

wonach schon die Exekution im allgemeinen — also ohne Rücksicht: ob sie Sequestration oder Subhastation ist — einen Titel zum Pfandrecht gewährt,

und wenn auch dieses Gesetz nach seinem Dato als ein neues Gesetz und nach seiner Einleitung nicht als eine authentische Declaration betrachtet, und also nicht direkte in concreto angewendet werden kann, so ist doch aus demselben so viel zu entnehmen, daß der Gesetzgeber beim Entwurf der Concurs-Ordnung und dessen §. 448. die Subhastation nicht von den Wirkungen der Immission habe ausschließen wollen, vielmehr diesen Grundsatz für die Zukunft klar ausgesprochen hat, und mithin kann dieses Gesetz auch pro praeterito wenigstens einen

Digitized by Google

solchen Interpretationswerth haben, als eine sonstige doctrinelle Interpretation.

Unter solchen Umständen kann das Appellations-Erkenntniß, welches auf einer gleichen, wenn auch nicht vollständig durchgeführten Interpretation beruht, keiner Vernichtung unterworfen seyn, und wenn Imploranti ferner

2) auch den §. 488. der Concurs-Ordnung verletzt findet, weil hiernach die in der Classifikations-Ordnung bestimmten Vorzugsrechte nur denjenigen Forderungen, welchen sie ausdrücklich begelegt sind, zu statten kommen, auf andere bloß ähnliche Forderungen aber nicht ausgedehnt werden sollen, so findet dieser als ein besonderer Punkt aufgestellte Theil der Beschwerde zum Theil schon in dem Vorangeschickten seine Erledigung.

Auch ist diese Gesetzstelle, wenn es einmal auf eine stricte Interpretation ankommen soll, in concreto schon darum nicht anwendbar, weil hier von keiner ähnlichen Forderung die Rede ist.

Die Forderungen der Imploraten, vor welchen Implorant den Vorzug verlangt, sind persönliche auf Exekution gestandene Forderungen, deren wegen sie die Subhastation extrahirt haben und dadurch einen Titel zum Pfandrecht in Anspruch nehmen, resp. als immittirte Gläubiger so lange betrachtet seyn wollen, bis sie die Eintragung in's Hypothekenregister bewirkt haben.

Ob sie diese Immissions-Qualität haben, hängt allerdings von der Disposition des §. 448. ab, wenn aber der Richter nach seiner materiellen Beurtheilung den Ex-

Digitized by Google

trahenten einer Subhastation darunter subsumirt findet, so involvirt dieses zwar eine Interpretation des Gesetzes, allein der Richter ist dazu eben so befugt, und resp. schuldig, als in dem Falle, wenn er zur Bestimmung der 6ten Klasse die Eigenschaft eines liquidirten, als Wechsel bestrittenen, Schulddokuments prüft.

Die Klasse ist nur die Wirkung der Qualität der Forderung selbst und wenn zur Beurtheilung der Qualität eine Interpretation des Gesetzes erforderlich ist, so kann man daraus noch nicht die Schlußfolge herleiten, daß der Richter auf dem Wege der Analogie die Klasse für eine ähnliche Forderung bestimmt habe.

Die Beschwerde mußte daher, als unbegründet zurückgewiesen werden, und Implorant in die Kosten und die gesetzliche Succumbenzstrafe nach §. 18. des Gesetzes vom 14. Dezember 1833 verurtheilt werden.

Digitized by Google

XLIII.

Auch Etwas zur Geschichte und zum Recht des Fünftel-Abzuges im Herzogthum Westfalen.

Vom

Herrn Kammerherrn Freiherrn **von Schorlemer** zu Heringhausen.

Mit Nachschrift von **Sommer.**

(N. Archiv Jahrg. III. S. 315 ff.)

Das zweite Heft des dritten Jahrgangs dieser Blätter S. 315 u. f. enthält vom Herrn Justizrath Dr. Sommer einen Beitrag zur Geschichte des Fünftel-Abzugs und des Erbrechts der Colonen im Herzogthum Westfalen, mit 3 Beilagen. Es soll daraus der Fünftel-Abzug historisch und publizistisch gerechtfertigt werden. Der Herr Verfasser unterstellt nämlich:

„daß bei Redaktion des I. Ges. vom 21. April 1825 ein wahrhaft historischer Sinn nicht vorgewaltet habe, mit welchem man zur Ueberzeugung gelangt seyn würde, daß bei Anlegung der älteren Cataster nur der, nach Abzug der gutsherrlichen Lasten übrig bleibende Reinertrag des Guts zur Besteurung herangezogen worden und blos diese Steuern dem Colon oblagen,

Digitized by Google

wie denn überhaupt der Fünftel-Abzug der Steuer-gesetzgebung, nicht dem Privatrecht angehöre."

Fassen wir den obenan gestellten historischen Satz hier näher in's Auge und mag er wahrhaft geschichtlich beleuchtet werden, namentlich in Beziehung auf das ehemals kurkölnische Herzogthum Westfalen, wo der Fünftel-Abzug unausschließlich alle Reallasten, selbst Dienst-, Vieh- und andere, dem Ertrage des Bodens sowohl, als der Grundsteuer fremde Leistungen trifft.

Wie die Veranlagung der alten Schatzungen im XVII. Jahrhundert erfolgt ist, zeigt uns zunächst die kurkölnische Verordnung vom 26. Juni 1662 (Scotti Samml. Abth. I. Thl. 1. Nr. 103. S. 287.), wo es wörtlich heißt:

"5. Solle die Contribution alzeit dem fundo ahnkleben und von dem possessore unabgezogen deren darauf haftenden grundtpfacht oder jährlichen pfächten bezahlt werden."

Ueber dies historisch wahrhafte Prinzip älterer Zeit scheinen in der neueren sowohl 1724 die treugehorsamsten Stände, als 1791 der kurfürstliche Hofrath in Bonn im Irrthume gewesen zu seyn, wenn jene davon ausgingen:

"daß die Schatzung auf jedes Gut nach Ertrag (nicht Abzug) der darin haftenden Lasten commensurirt und angeschlagen worden;"

der Hofrath zu Bonn sogar behauptete:

"es seien nämlich blos die Höfe und Kotten, welche selbigesmal diesem Cataster einverleibt, nach Abzug derzeit darauf gehafteter Pfächten und anderer prae-

Digitized by Google

standorum zur sicheren Contribution gezogen und darauf ein verhältnißmäßiges Matricularquantum gelegt worden."

In der That erfolgte auch der Schatzungsanschlag lediglich nach Klassen und es ist authentisch nachzuweisen, daß namentlich im Patrimonial-Gericht Fridhazkirchen, wie bei den freien Höfen des Amts Oestinghausen, ohne Rücksicht auf Belastung, blos nach Maaßgabe des Grundbesitzes und des Wohlstandes die Colonate zur Schatzung classifizirt sind.*)

Wären aber auch wirklich die Reallasten — ganz gegen den vorhin constatirten Grundsatz des damaligen Gouvernements — bei der Steueranlegung des XVII. Jahrhunderts im Herzogthum Westfalen ausnahmsweise in Abzug gekommen, was indeß aller Wahrscheinlichkeit widerspricht, so hatte doch jedenfalls der Colon den, nach Deduktion der gutsherrlichen Lasten übrig bleibenden Reinertrag des Guts zu versteuern. Von dieser bäuerlichen Nutzung, die im Laufe der Zeit, wie man mir zugeben wird, durch Fixirung der Grundrente, durch die gesteigerten Preise der Erzeugnisse und später durch Entfesselung von allen Beschränkungen der Disposition und Theilbarkeit sich bedeutend höher verwerthete, ist die Besteurung durchschnittlich nicht im Laufe der Zeit erhöht worden. Denn zwölf alte Landschatzungen vom Bauernstande brachten 82,580 Preuß. Thlr., die Hess. Darmst. Grundsteuer

*) Häufig mag wohl der Spannfuß entschieden haben, der vielfach bei Communalumlagen, selbst vorschriftswidrig bei Wegebauten, in älterer Zeit zum Maaßstabe diente.

Digitized by Google

in 12 Kreuzer vom rhein. Gulden (Steuercapital) 150,803 preuß. Thaler auf. Von letztern gehn ab: die Städte und Freiheiten (Flecken) ad 40,000 Thlr.; Rittergüter ad 17,200 Thlr.; Staats- und Gemeinde-Forsten ad 2,030 Thlr.; Klöster, Stifter und Domainen ad 5,543 Thlr.; es stellen sich sonach in Folge des provisorischen Catasters nicht mehr als 82,580 Thlr. für die schatzpflichtige Colonatmasse des XVIII. Jahrhunderts heraus . . . soviel sie von jeher steuerte. *) Zahlen entscheiden!

Betrachten wir dagegen den gutsherrlichen Ertrag vom Colonate. Dieser hatte sich durch seine Fixirung jede Verbesserung abgeschnitten; ja, es läßt sich nachweisen, daß durch die Verschlechterung der Münze die Geldgefälle geringer (aus dem alten Reichsthaler ein leichter gemeiner Thaler) geworden. Diese gutsherrliche Rente blieb allerdings steuerfrei bis zur darmstädtischen Zeit, wo sie 1804 bis 1812 mit Vermögenssteuern mancher Art betroffen wurde — sie blieb steuerfrei aus dem Gefühl einer gewissen Billigkeit, da sie, um den Colon in contribuablem Zustande zu erhalten, gesetzlich

*) Aber die Communallasten? wird man mir einwenden. Diese decken sich erweislich aus den jetzt überall getheilten, urbar und einträglicher gemachten Gemeingründen. Oder soll auch für deren nunmehr eingetretene Besteuerung die gutsherrliche Rente in Anspruch genommen — soll überhaupt auf dem Lande mit Staats- und Communallasten der ehemals freie Gutsherr allein oder vorzugsweise betroffen werden?

Digitized by Google

firirt worden war; denn nur schatzpflichtigen Höfen wurde ein solches Prärogativ zu Theil. (Ges. vom 4. Mai 1791.)

Nun will man, ganz im Gegensatze dieses Billigkeitsgefühls: daß der Bauernstand mehr nicht, als er vor Aufhebung der Steuerfreiheit (1806) versteuerte, auch jetzt versteuere; wohl aber soll der Gutsherrnstand versteuern, was er vor 1804 und noch 1820 nicht zu versteuern hatte. Denn der Herr Verfasser deutet weiter an: daß der Fünftel-Abzug, als Surrogat einer Rentensteuer eintrat, in Folge des darmst. Gesetzes vom 1. Okt. 1806, wodurch alle Steuerfreiheit aufgehoben, alle Zehnten, Gefälle und sonstige Besitzungen den, nach dem Steuerfuß ausgeschlagenen Abgaben unterworfen wurden. Da indeß das preuß. Finanzgesetz vom 30. Mai 1820 § 9. alle, im § 1. nicht namhaft beibehaltene frühere Abgaben, insbesondere die, in einem Theile des Arnsberger Regierungs-Bezirks bestandene Vermögenssteuer aufhob und eine Rentensteuer überhaupt nicht kennt, so muß der Fünftel-Abzug von selbst cessiren, wenn er in die Cathegorie einer Vermögens- oder Renten-Steuer gehört.

Die Vertheidiger des Fünftel-Abzuges scheinen daher mit dessen Rechtsbegriff noch nicht im Reinen, da sie ihn bald als eine Rentensteuer nach dem Prinzip einer allgemeinen Steuerpflicht, bald als Ersatz für die vom Gutsherrn vorgelegte Steuer ansehn.

Ich will zugeben, daß da, wo der Ertrag getheilt wird, auch die Steuer natürlich getheilt werden muß; ich habe dies sogar als Mitglied der Arnsberger Regierung im Jahre 1809, wo der Fünftel-Abzug zur Berathung kam, vertheidigt. Ich frage aber:

Digitized by Google

Kann solches verlangt werden, wo offenkundige Verträge entgegenstehen, nach welchen der Colon die ganze Steuer berichtigte, namentlich im Herzogthum Westfalen, wo die Verordnung vom 5. Nov. 1809 §. 6. sub 3. das Criterium des Colonats aufstellt:

„wenn der Colon allein die Schatzungen zu entrichten hatte —"?

Kann dies absonderlich bei den gutsherrlichen Gefällen, nachdem sie, vermöge der Geldverwandlung vom 25. Sept. 1820 und ihrer in Parzellirungsfällen erzwinglichen Ablösbarkeit ganz in die Cathegorie hypothezirter Capitale getreten sind, gefodert werden, so lange nicht bei gewöhnlichen Schuldzinsen dasselbe statt findet?

Kann dies endlich so weit ausgedehnt werden, daß der Colon 20% des gutsherrlichen Ertrags abzieht, indeß er vom Gesammtertrage kaum 12% als Steuer entrichtet; daß er z. B. beim Zehnten den Rohertrag befünftelt und nur den Reinertrag versteuert, daß er endlich völlig grundsteuerfrei wird, was in allen Fällen geschieht wo 80% der gutsherrlichen Rente 88% des jetzigen Catastralertrags gleich stehen? *)

*) Nach der Rechnungsformel 100 — 20 (oder das Fünftel) = 80 beim gutsherrlichen und 100 — 12 (die Grundsteuer) = 88 beim Gesammtertrage. Die Catasterbehörde nimmt in einer Landtagsmittheilung vom 23. August 1833 an: daß überhaupt in Westfalen die Erbpachtserträge bis 1800 um 61% unter dem Catastralertrage stehen, der Colon also von 161 Thlr. Catastralbetrag durchschnittlich 100 Thlr. an Erbpachtgefällen abgab.

Digitized by Google

Am grellsten stellen sich Beispiele, wie bei den Realpflichtigen des Gutes Heringhausen in den Bauerschaften Heringhausen und Hundebusch, heraus, wo der Fünftel-Abzug (ad 51 Thlr., wenn die Gefälle nach dem Catastralpreise berechnet werden) mehr beträgt, als die jetzige Grundsteuer (ad 44 Thlr.) und der Realberechtigte es daher vorgezogen hat, den Verpflichteten die ganze Grundsteuer baar zu vergüten. Zahlen entscheiden.

Gehört der Fünftel-Abzug, wie wir gerne mit dem Hrn. Verfasser annehmen, nicht zum Privatrecht, sondern zur Steuergesetzgebung, so ist mit Einführung eines neuen Catasters auch eine neue Ordnung, vielmehr der Zeitpunkt eingetreten, für den, wie die III. Verordnung vom 5. Sept. 1820 §. 7. sagt:

„eine anderweitige Bestimmung wegen des Fünftel-Abzuges zur näheren Feststellung des Steuerwesens im Herzogthum Westfalen vorbehalten worden."

Der Staat ist damit des erschwerenden Einwurfs überhoben, jura quaesita aufrecht zu erhalten, oder entschädigen zu müssen.

Fast von allen Verfechtern des Fünftel-Abzugs ist nämlich der Umstand übersehen worden, daß der Fünftel-Abzug lediglich ein transitorischer Ausfluß des blos provisorischen darmstädtischen Catasters ist, mit letzterem daher nothwendig aufhört. Die desfallsige Verordnung vom 27. Februar 1811 sagt ausdrücklich:

„daß das damalige neue Steuer-Cataster ein blos provisorisches sey und, um seine Vollendung, eins der dringendsten Bedürfnisse, nicht aufzuhalten, werde das Fünftel, zur Vermeidung einer speziellen Berech-

Digitized by Google

nung und Catastrirung der Grundlasten (wie solche im alt-hessischen laut Ministerial-Reskript vom 28. Sept. 1810 statt fand) dem Grundeigenthümer bewilligt; daher solches mit dem neuen provisorischen Steuer-Cataster anfangen und mit der Ablösung der Grund lasten aufhören soll."

Daß hiernach die fragliche Maaßregel nur als eine provisorische, rein administrative ins Leben trat, unterliegt wohl keinem Zweifel.

Nun aber ist an die Stelle des provisorischen darmstädtischen Catasters das neuste französische gekommen und es ist daher kein Rechtsgrund — wenigstens kein privatrechtlicher, wie selbst der Herr Verfasser zugibt — hier abzusehn, den Fünftel-Abzug als accessorium eines untergegangenen principale fortbestehen zu lassen. Denn die französische Legislatur, deren Cataster jetzt anstatt des darmstädtischen hier eingeführt worden, erkennt eine so unbedingte Befünftelung der gutsherrlichen Rente durchaus nicht an, sondern das Napoleon'sche Dekret vom 9. Dezember 1811 macht eine namhafte Ausnahme des Fünftel-Abzuges:

„Hinsichtlich solcher Güter, deren Grundsteuer, nach den alten Gesetzen und Gebräuchen, dem Pächter zur Last fiel"

Sowohl das I. Gesetz vom 25. September 1820 §. 23., als die früheren Bestimmungen vom 21. April 1825 für die ehemals bergischen, westfälischen und französischen Landestheile Tit IV. bedingen von vorn hinein auch bezüglich des Fünftels eine Gleichförmigkeit des Rechts, wenn §. 37. der Ablöseordnung vom 13. Juni

Digitized by Google

1829 beibehalten und diese Ablieferung überhaupt auf's Herzogthum Westfalen Anwendung finden soll, wie solches die Gesetzgebung beabsichtigt

Daß überhaupt im Fünftel-Abzuge für alle Landestheile der Provinz Westfalen eine Parification statt finde, kann politisch und die endliche Regulirung eines provisorischen Zustandes auch privatrechtlich nicht anders, als wünschenswerth erscheinen. Ueberall aber muß dem Recht und der Wahrheit Genüge geschehen — ein Mehres hat Verfasser dieses nicht andeuten wollen.

Nachschrift.

(Der verehrliche Herr Verfasser wolle uns folgende Bemerkung erlauben.)

1) Cardo rei beruht allerdings darin:

Sind die gutsherrlichen Abgaben mit Rücksicht auf die vorhandenen Schätzungen bestimmt worden, oder umgekehrt?

Letzteres ist geschichtlich das Richtige. Der Landtags-Bericht von 1724 und die Churfürstliche Cabinets-Ordre vom 8. Oktober 1724 beweisen es, sowie der Landtags-Bericht von 1782 und die Verordnung vom 3. Mai 1782. Es wird ferner bewiesen durch die Westphälischen Contributions-Veranlagungs-Acten aus dem 17ten Jahrhundert, wovon ja ein Stück, die Veranlagung im Amt Bilstein betreffend, den Herrn Verfasser schon vor 13 Jahren bewog, als Mitglied der in Arnsberg zur Revision der Fünftelabzugs-Gesetzgebung bestandenen Commission jene geschichtliche Thatsache zum Protokoll nachzugeben. Der Herr Verfasser irrt, wenn

Digitized by Google

er aus einer Churfürstlichen Verordnung vom 26. Juni 1662 das Gegentheil, einen an sich schon so sehr unwahrscheinlichen Irrthum der höchsten Landesbehörden über einen damals noch der Erinnerung so nahe liegenden Gegenstand, beweisen will. Diese Verordnung ist gar nicht für das Herzogthum Westphalen, sondern nur für das eigentliche Erzstift Cöln erlassen. Hier bestand denn auch bekanntlich keine Colonat-Verfassung, sondern fränkisches Recht; der Boden war in Zeitpacht, meist im Verhältniß der colonia partiaria ausgethan, und es verstand sich also von selbst, daß die Steuer ohne Rücksicht auf die Pacht arbitrirt ward. Jedoch ist auch hier schon im §. 12. jener Verordnung anerkannt, daß der Zehntherr sein Zehntrecht nach dessen Ertrag selbst versteuern soll, woraus nach §. 6., da ein zehntpflichtiges Land geringer als ein zehntfreies verpachtet werden kann, von selbst die verhältmäßige Verminderung der vom zehntpflichtigen Lande zu berechnenden Schatzung folgt. Das Prinzip der Großherzoglich Hessischen, so wie der französischen Fünftel-Abzugs-Gesetzgebung ist also schon ein sehr altes, historisches!

Uebrigens ergibt sich bei einer unbefangenen Erforschung der Geschichte der Contributions-Veranlagung in der Provinz Westphalen, daß überall die Schatzungen nur nach dem, dem Bauern nach Abzug der gutsherrlichen Lasten verbliebenen, Reinertrage abgemessen worden; ja die ursprünglichen Schatzungen waren nach der Leistungsfähigkeit des damaligen Besitzers abgemessen, und sind nur zufällig unabgeändert, und somit zu einer wirklichen Grundsteuer geworden, wie auch der Herr Verfasser von

Digitized by Google

Fridharzkirchen und Oestinghausen zu berichten scheint. Eine noch vor 2 Jahren vom Gouvernement verordnete Recherche hat jene Thatsache klar gestellt, und somit nachgewiesen, wie sehr irrig vor Erlassung des Gesetzes vom 25. September 1820 gegen das Fünftel bei den Berathungen eingewandt worden: „daß die gutsherrlichen Abgaben von jeher grade unter der Bedingung niedriger bestimmt worden seyen, daß der bäuerliche Besitzer alle Steuern ausschließend trage; in jener niedrigen Bestimmung also schon ein Steuerbeitrag liege, und die Gutsherrn mithin jetzt ungerechter Weise doppelt besteuert werden."

2) Der Herr Verf. hat bei seiner statistischen Vergleichung der früheren und jetzigen Besteuerung einen wesentlichen Punkt übersehen. Diejenigen Gegenden, des Herzogthums Westphalen, wo man keine oder fast keine Colonate kannte, gaben vom vollen Ertrage der Bauerngüter die Schatzung, wogegen die fruchtbaren Gegenden, in denen zugleich die Colonat-Verfassung herrschte, nur von dem dem Bauern nach Abzug der gutsherrlichen Lasten bleibenden Rein-Ertrage steuerten. Daraus erklärt es sich denn, daß z. B. das unfruchtbare Amt Bilstein in einer Schatzung 1000 Thlr., das wenigstens fünf Mal einträglichere, aber aus lauter Colonaten bestehende Amt Werl nur 722 Thlr. 12 Sgr. in einer Schatzung gab. Die freien Güter des Landes mußten also in Folge dieser Ungerechtigkeit die Steuer für den dem Gutsherrn zufließenden Rein-Ertrag der Colonat-Güter mit übernehmen, etwa wie dies auch im Großen in Staaten der Fall ist, die Steuer-Exemtionen gestatten! In Folge der neuen Steuer-Gesetzgebung geben nun die fruchtbaren

Digitized by Google

Aemter des Landes, wo die Colonat-Verfassung besteht, 3, 4 bis 5 Mal so viel Steuer als früher, während die freien Güter des Landes theils erleichtert, theils nur unwesentlich erhöht worden. Natürlich konnten jene Colonen nun die neue hohe Steuer, die Steuer des gutsherrlichen Rein-Ertrags, nicht zahlen, ohne daß sie durch den Fünftel-Abzug für ihre Steuer-Vorlage vom Gutsherrn entschädigt würden. Gefiele es dem Herrn Verfasser, auf solche Weise im Einzelnen Statistik zu üben, so würde er sehr bald in anderem Sinne, als in obiger Erwiderung, mit Benzenberg ausrufen: Zahlen entscheiden. Selbstredend kommt es auf einzelne Ungleichheiten, wie bei den Pflichtigen des Herrn Verfassers, nicht an, sie verschwinden im Ganzen. — Auch wird sich leicht nachweisen lassen, daß die ordentliche und außerordentliche Grundsteuer und die nach ihrem Fuße ausgeschlagenen, nach dem Gesetze vom 30. September 1809 auch den Realberechtigten treffenden, durch den Fünftel-Abzug mit-regulirten, Bezirkslasten, die mit den, vielen Gemeinden ganz abgehenden, Gemeinde-Grundstücken keine Verbindung haben, wenigstens $^1/_5$ des wirklichen Rein-Ertrags erreichen.

3) Die Gerechtigkeit des Fünftel-Abzugs ist eben durch den ad 1. erörterten geschichtlichen Satz gegeben; die Verträge, wonach die Colonen die Schatzungen entrichten mußten, was sich ohnehin von selbst verstand, beziehen sich selbstredend nur auf die bestehenden Schatzungen vom Rein-Ertrage des Bauern, nicht auf eine nicht vorgesehene künftige Besteuerung des Rechts des Gutsherrn. Es ist gnug zu beklagen, daß man dies bei der hanseatischen Gesetzgebung, so wie bei den Gesetzen

Digitized by Google

vom 25. Septbr. 1820 und 11. April 1825 übersehen und mißverstanden hat, wie die Diskussionen zur Gnüge bewähren. Wenigstens folgt daraus nicht, daß man nun auch im Herzogthum Westphalen, wo der Sachverhalt so klar erkannt vorliegt, 25 Jahre nach einem unbestrittenen bestehenden Rechtszustande gleiche Irrthümer noch nachträglich der lieben Einförmigkeit wegen begehen müsse. Die Vollendung des Katasters hat hier die Prinzipien definitiv gemacht, die sonst mit dem Kataster nur provisorisch waren; das Kataster ist nämlich nicht etwa in dem Sinne vollendet, daß das Recht des Gutsherrn besonders versteuert und die Steuer des Bauern um soviel vermindert worden, sondern es ist, bei einem übrigens noch sehr erhöhten Contingente des Landes, das bisherige Prinzip geblieben, den Besitzer den ganzen Rein-Ertrag versteuern zu lassen. Der Bauer hat im Herzogthum Westphalen allerdings ein erworbenes Privatrecht, daß er nur seinen, nicht den Rein-Ertrag des Gutsherrn zu versteuern schuldig ist, insoweit ist die Frage eine privatrechtliche, ob er diese Steuer aber für den Gutsherrn vorzulegen und sich von selbem wieder erstatten zu lassen habe, oder ob der Staat, wie in den an Preußen gekommenen Theilen des Herzogthums Nassau nach dem Nassauischen Steuergesetze vom $^{10}/_{24}$ Februar 1809, den Gutsherrn unmittelbar besteuere und dagegen die Steuer des Bauern vermindere, dies ist die Administrativ-Frage bei der Sache

4) Sicher irrt daher der Herr Verfasser, wenn er die unmögliche Gesetzgebung erwartet, daß die Bauern im Herzogthum Westphalen für ihre Gutsherrn die

Digitized by Google

Steuern zahlen sollen. Solche Reactionen, bei denen sich übrigens die Staatskasse am schlechtesten stehen würde, sind unserer Regierung fremd. Hätte man 1820 eine so richtige Anschauung der Steuer-Verhältnisse, als jetzt gehabt, nimmer würde der Fünftel-Abzug aufgehoben worden seyn. Die Regierung steht ohne Zweifel über dem Exemtionssüchtigen. Manche ehemals eximirte Gutsherrn des Herzogthums Westphalen wollen gleiche Steuerfreiheit ihrer Gefälle, wie ihre Brüder in den Provinzen Westphalen und Sachsen; diese hinwieder wollen — es ist, wie wenigstens Manche glauben, das letzte nur schwach verhüllte Ziel so mancher Strebnisse — die Steuer-Exemtionen ihrer überelbischen Brüder, allenfalls in der harmlosen Weimarschen Form von Entschädigungs-Obligationen, theilen. Die überelbischen Exemten sind mit dem Bestehenden sehr zufrieden. Die, welche alle Staatskräfte für's gemeine Beste bestimmt und gleichen Rechten gleiche Pflichten entsprechend glauben, wollen aus Consequenz alle Exemtionen, weil meist für persönliche Leistungen gewährt, die nun von allen Staatsbürgern übernommen, ohne Entschädigung aufgehoben wissen, indem es das ewige höhere Recht der Staaten so wolle. Die Regierung hält das Bestehende aufrecht, und es wird wohl noch lange währen, ehe sie sich, wenn je, zu einer dieser Meinungen bekennt, von denen die erstere übrigens aus nahe liegenden Gründen unausführbar ist. Sicher würde wenigstens die Wiedereinführung der Exemtionen des gutsherrlichen Obereigenthums im Herzogthum Westphalen nicht auf Kosten der dortigen Bauern, sondern nur der ganzen Staatskasse geschehen können.

Digitized by Google

XLIV.

Ueber die Verbindung der Ascendenten-Erbfolge mit der Gütergemeinschaft.

(A. L. R. II. 2. §. 519. — N. Archiv I. Jahrg. S. 637.)

Ein Rechtsfall,

mitgetheilt

vom

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Arnds** in Paderborn.

Die Streitfrage, welche wir im ersten Jahrgange S. 637. dieser Zeitschrift erörterten, ist nunmehr beim Geheimen Ober-Tribunale zur Sprache gekommen und nach der von uns vertheidigten Ansicht entschieden. Wir theilen die Entscheidung nachfolgend mit:

Den Kindern des X. zu Recklinghausen war nach dem Tode ihrer Mutter eine Erbschaft angefallen, welche der Vater eingezogen und verwaltet hatte. Einige der Kinder starben nach dem Anfalle der Erbschaft. Bei der Auseinandersetzung mit den Ueberlebenden weigerte sich der Vater, von den Antheilen der Verstorbenen etwas herauszugeben, indem er behauptete, nach dem Allg. Landrechte II. 2. §. 491. deren alleiniger Erbe geworden zu seyn. Die Kinder aber wollten die Ehureclinische

Digitized by Google

Rechtsordnung angewendet wissen, und, weil danach die Geschwister mit dem Vater in capita erben, so verlangten sie klagend die Herausgabe ihrer Kopftheile von dem Vermögen der Verstorbenen. Das Land- und Stadtgericht zu Recklinghausen wies die Kläger mit diesem Anspruche ab; der zweite Senat des Ober-Landesgerichts zu Münster reformirte und erkannte nach dem Antrage der Kläger. Das Geheime Ober-Tribunal hat aber durch Revisions-Erkenntniß vom 6. Juni 1836 das Erkenntniß erster Instanz wieder hergestellt und dieser Entscheidung folgende Gründe beigefügt:

In der Grafschaft Recklinghausen galt zwar früher die Churcölnische Rechtsordnung vom 16. März 1663, nach deren Tit. 4. die Geschwister und deren Kinder mit den Ascendenten zugleich zur Succession gelangen. Dieses Gesetz ist aber bei der Einführung des Code Napoleon außer Kraft gesetzt und unbestritten ist bei Einführung des Allg. Landrechts zufolge §. 2. und §. 8. des Patents vom 9. September 1814 die Aufhebung der das Erbrecht der Blutsverwandten betreffenden Bestimmungen der frühern Provinzialgesetze bestätigt worden. Es existiren also seitdem hierüber in Recklinghausen keine Provinzialgesetze mehr, sondern es kommen die Bestimmungen des Allg. Landrechts zur Anwendung und nach diesen, namentlich nach §. 491. Tit. 2. Thl. II. hat es kein Bedenken, daß der Vater die Geschwister von der Succession ausschließt. — Kläger glauben zwar dennoch die von ihnen formirten Ansprüche an den Nachlaß ihrer verstorbenen Brüder auf den Grund des Gesetzes vom 8. Januar 1816, Inhalts dessen die in den westphälischen Provinzen

Digitized by Google

bestandene eheliche Gütergemeinschaft als fortdauernd gültig anerkannt worden, in Verbindung mit der Vorschrift des §. 519. Tit. 2. Thl. II. des Allg. Landrechts rechtfertigen zu können, indem dieses letztere Gesetz bestimmt:

„An Orten, wo Gemeinschaft der Güter obwaltet, bleibt es wegen der Erbfolge in den Nachlaß abgefundener oder unabgefundener Kinder bei den Vorschriften statutarischer oder Provinzialgesetze."

Es ist jedoch ein unrichtiger Schluß, wenn Kläger aus dieser Bestimmung folgern, daß die Aufrechthaltung der Gütergemeinschaft hiernach von selbst die Aufrechthaltung der frühern provinzialrechtlichen Erbfolge der Ascendenten und Geschwister zur Folge gehabt habe, denn diese Erbfolge steht im Allgemeinen mit der Gütergemeinschaft in keiner so nothwendigen Verbindung, daß sie sich dabei jedenfalls anders gestalten müßte, als an Orten, wo Gütergemeinschaft nicht gilt. Dies erkennt auch das Allg. Landrecht ausdrücklich an; denn der §. 520. a. a. O. setzt der Bestimmung des §. 519. hinzu:

„Wo die Provinzialgesetze nichts Besonderes verordnen, da finden wegen der Erbfolge der Verwandten in aufsteigender Linie die Regeln der gesetzlichen Erbfolge nach gemeinen Rechten Anwendung."

Nun waren aber in den westphälischen Provinzen, obwohl die Gütergemeinschaft in Gültigkeit blieb, doch die Provinzialgesetze in Betreff der Erbschaft der Blutsverwandten allgemein aufgehoben; es gab also auch keine Provinzialgesetze mehr, die etwas Besonderes in dieser Beziehung hätten festsetzen können, folglich muß auch die

Digitized by Google

Vorschrift des §. 520. a. a. O. Platz greifen. Aus dem Gesetze vom 8. Januar 1816 läßt sich namentlich durchaus nicht eine Wiederherstellung der frühern Ascendenten-Erbfolge herleiten. Denn dieses beschränkt sich ausdrücklich lediglich auf die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft als solche, d. h. auf das Verhältniß der Eheleute zu einander in Bezug auf ihr Vermögen; führt auch diese Gütergemeinschaft nicht erst wieder von neuem ein, sondern beseitigt nur, wie der Eingang ergibt, die Zweifel, welche über die Fortdauer der provinziellen Gütergemeinschaft entstanden waren, indem es festsetzt, daß das Verhältniß keinesweges als aufgehoben betrachtet werden solle. Da nun aber der §. 8. des Publications-Patents vom 9. September 1814 die provinziellen Erbfolgerechte unbedingt aufgehoben erachtete und das Gesetz vom 8. Januar 1816 eine Abänderung dieser Bestimmung nicht enthält, so ist nicht abzusehen, wodurch die Behauptung der fortdauernden Gültigkeit jener Erbfolgerechte gerechtfertigt werden soll. Was in dieser Beziehung in den von Schlüter herausgegebenen Provinzialrechten über den Zusammenhang der Beerbung der Eheleute, Kinder, Eltern und Geschwister gesagt wird, kann dahin gestellt bleiben. Die Verschiedenheit der Statute und die Vorschriften des Allg. Landrechts beweisen, daß es nicht im Widerspruche mit dem Wesen der ehelichen Gütergemeinschaft steht, daß Eltern die Kinder vorzugsweise vor den Geschwistern beerben und im vorliegenden Falle paßt jenes Argument um so weniger, als

1) die Rechtsordnung von 1663, auf deren Grund die Kläger ein Erbrecht verlangen, die eheliche Güter-

Digitized by Google

gemeinschaft gar nicht verordnet, indem diese nur durch Observanz eingeführt ist;

2) in der Rechtsordnung die Intestaterbfolge ganz abgesondert von der Gütergemeinschaft abgehandelt wird, und, wie die Einleitung ergibt, überhaupt nur die Vorschriften des gemeinen Rechts mit einigen Modificationen aufgestellt werden sollten, endlich

3) das Vermögen, um welches es sich hier handelt, den Erblassern auch nicht aus dem gemeinschaftlich gewesenen Vermögen ihrer Eltern, sondern von einer Seitenverwandtin zugefallen war.

Digitized by Google

XLV.

Bindet eine unleserliche Unterschrift des Vertrages, wenn nachgewiesen ist, daß sie als Unterschrift vollzogen worden, übrigens aber der Unterschreibende gewöhnlich nicht unleserlich schreibt?

Rechtsfall, mitgetheilt
von
Sommer.

(A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §. 57. Tit. 5. §. 116.)

Jacob Wagner zu Banfe schloß mit Kraft Hoffmann daselbst einen Tausch-Contract ab. Beide unterschrieben den Vertrag, letzterer aber blos mit einem nicht sehr leserlichen H. und einigen unverständlichen Zügen. Durch Zeugen wurde inzwischen, daß er nach abgeschlossenem Vertrage die Unterschrift unter demselben also geleistet habe, bewiesen. Das Königliche Hof-Gericht zu Arnsberg bestätigte aber unterm 20. Dezbr. 1834 das den Vertrag für Hoffmann unverbindlich erkärende erster Instanz-Erkenntniß des Justiz-Amts Laasphe.

Gründe.

Durch die vernommenen Zeugen ist es zwar erwiesen, daß der Vertrag, so wie er in der Anlage der Klage

Digitized by Google

beschrieben ist, unter den Contrahenten auch wirklich verabart worden. Da der Gegenstand des Vertrags den Werth von 50 Thaler überstieg, so erforderte er zu seiner Gültigkeit die schriftliche Abfassung, als schriftlicher Vertrag betrachtet, konnte er aber erst durch die Unterschrift beider Contrahenten seine Vollendung erhalten. Verklagter hat nun anstatt einer leserlichen Namensunterschrift den Contrakt blos mit einigen unleserlichen Zügen unterzeichnet, worin sich allenfalls nur die Anfangsbuchstaben seines Namens erkennen lassen, und daher kommt es darauf an, ob diese Zeichen als eine Namensunterschrift gelten können. Es ist nachgewiesen, daß Verklagter im Lesen und Schreiben genugsam erfahren ist, um seinen Namen deutlich schreiben zu können, einer gerichtlichen Aufnahme des Contrakts bedurfte es also nicht, dagegen ist es nicht erwiesen, daß Verklagter die Gewohnheit habe, seinen Namen unleserlich zu schreiben, wenn dieses der Fall wäre, so würde es keinem Zweifel unterliegen, daß jene Zeichen als verbindliche Namensunterschrift gelten müßten, und die Unleserlichkeit der Züge würde keinen Grund abgeben können, die Unterschrift als wirkungslos zu verwerfen, da aber das Vorgeben des Klägers, daß Verklagter seinen Namen unleserlich zu schreiben pflege, nicht erwiesen ist, das Gegentheil vielmehr aus den Verhandlungen hervorgeht, so fragt es sich, ob der Vertrag auf den Grund der nicht vollzogenen Unterschrift das Urtheil v. J. mit Recht für ungültig erklärt worden. Nach §. 116. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. erhalten Verträge, welche vermöge der Gesetze oder der Verabredung der Partheien schriftlich abgeschlossen werden müssen, ihre

Digitized by Google

Gültigkeit erst durch die Unterschrift, hieraus folgt von selbst, daß die Unterschrift so beschaffen seyn muß, daß sie als solche gelten kann, und daß insbesondere die Absicht der Contrahenten, sich durch die Unterschrift verbindlich machen zu wollen, klar vorliege; es kann aber nicht die Stelle der Unterschrift vertreten, wenn, wie es hier geschehen ist, einer der leserlich schreiben kann, und seinen Namen auch leserlich zu schreiben pflegt, statt der Namensunterschrift willkührliche Zeichen macht, worin der Name des Unterzeichnenden gar nicht zu erkennen ist.

Nach §. 57. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. werden Willenserklärungen nur dann für zuverlässig angesehen, wenn die Absicht des Erklärenden durch Worte oder andere deutliche Zeichen ausgedrückt ist, hier kann aber die in der geschehenen Art vollzogene Unterzeichnung der Urkunde nicht für eine deutliche Willenserklärung gelten, da vielmehr zu vermuthen ist, daß Verklagter absichtlich, um sich nicht durch jene Unterschrift zu verbinden, statt den Vertrag förmlich zu unterschreiben, solchen in der geschehenen Art unterzeichnet habe. Diese Vermuthung wird dadurch unterstützt, daß dem Verklagten nach der Aussage des Zeugen Hammer der Contrakt anscheinlich gereuet hat. Wenn das Gesetz zur Gültigkeit eines schriftlichen Contrakts die Unterschrift erfordert, so liegt hierin von selbst die Vorschrift, daß derjenige, der schreiben kann, auch wirklich seinen Namen schreibe, dieses ist aber vom Verklagten nicht geschehen, da die wenigen undeutlichen Züge nicht als eine ordentliche und vollständige Namensunterschrift gelten können.

Digitized by Google

Es ist zu beklagen, daß diese Frage nicht zur Entscheidung in die Nichtigkeits-Instanz gebracht worden. Es scheint ziemlich unerheblich zu seyn, ob der Paciscent gewöhnlich unleserlich schreibe oder nicht, solche Erörterungen über das Maaß der gewöhnlichen Unleserlichkeit dürften zu großen Verwickelungen führen. Es scheint genügen zu müssen, daß die Unterschrift mit dem Anfangsbuchstaben und denselben begleitenden, wenn auch noch so unleserlichen Schnörkeln als Unterschrift unter den Vertrag geschehen, um so mehr, da die, Treu' und Glauben zu brechen erlaubenden Gesetze schwerlich ausdehnend erklärt werden dürfen. Der §. 57. A. L. R. I. 4. scheint hier nicht zu entscheiden, da er nicht von der Deutlichkeit der Unterschrift, sondern von Winken im Gegensatz gegen Worte handelt. Und der §. 116. A. L. R. I. 5. fordert überhaupt nur die Unterschrift, sagt aber nichts von der Lesbarkeit derselben.

Digitized by Google

LXVI.

Bürger-Rechte. Theilnahme der Juden an solchen im Herzogthum Westphalen.

Rechtsfall, mitgetheilt

vom

Herrn Ober-Landes-Gerichts-Rath **Schepers** zu Münster.

Die Stadt Winterberg besitzt ansehnliche Waldungen; die bis in die Neunziger Jahre, wo die Stadt abbrannte, in der Art benutzt wurden, daß jeder Berechtigte selbst beliebig darin Holz haute, so viel er zum eigenen Gebrauche nöthig hatte. Nach jener Zeit ließ die Stadt das Holz hauen; die Winterberger hatten so viel Brandholz, als sie brauchten und mußten per Klafter 24½ Stüber zahlen, wovon 12 Stüber in die Stadt-Casse flossen, das übrige zu Hauerlohn verwendet wurde.

Im Jahre 1812 wurde für jeden Einwohner ein gewisses Quantum als Bedarf festgesetzt, und diese Einrichtung besteht noch.

Die Wittwe des Juden **Winterberg**, die in der Stadt ein Haus besitzt, welches sie im Jahre 1816 mittelst gerichtlich confirmirten Contracts für ein anderes schon länger von ihrem verstorbenen Ehemann besessenes Haus eingetauscht hatte, und welches sie mit ihren Söhnen

Digitized by Google

bewohnte, die gemeinschaftliche Sache mit ihr machten, prätendirte das Recht, in eben der Art, wie die übrigen Winterberger Einwohner an der Benutzung der Communal-Waldungen, so wie angegeben ist, Theil zu nehmen. Im Jahre 1822 wurde ihr dies vom Stadt-Vorstand verweigert; sie behauptete aber, im Besitze dieses Rechts zu seyn, das nothdürftige Brandholz angewiesen zu erhalten, wofür sie auch seither die gewöhnlichen bürgerlichen Abgaben entrichtet habe, und klagte daher in possessorio auf Schutz im Besitz. Sie wurde durch das Erkenntniß des Justiz-Amts Medebach de publ. den 28. Sept. 1826 beim Besitze des Genusses bürgerlichen Brandholzes geschützt, und die verklagte Stadt verurtheilt, die frühere Störung herzustellen, und für die Zukunft, bis ein anderes in petitorio erkannt seyn werde, zu vermeiden. Per Sent. des Hofgerichts zu Arnsberg de publ. den 19. Sept. 1827 wurde dieses Erkenntniß lediglich bestätigt. Jetzt stellte die Stadt Winterberg die Petitorien-Klage an, behauptete, daß die Wittwe Winterberg, weil sie kein Bürgerrecht habe, zum Bezuge des Brandholzes aus den Communal-Waldungen nicht befugt sey, und trug darauf an, unter Wieder-Aufhebung des intermistischen Ausspruchs in possessorio, hiernach zu erkennen. Beklagtin stützte ihr Recht darauf:

1) daß sie, ihr verstorbener Mann und ihre Familie es von jeher besessen haben, und es observanzmäßig sey, daß jeder Einwohner in Winterberg, gleichviel ob er Bürger sey oder nicht, sein Brandholz auf die angegebene Art bezöge.

Digitized by Google

2) Daß das Recht zu dieser Theilnahme an den Nutzungen der Communal-Waldung jedenfalls ein annexum der Bürgerhäuser in Winterberg, und sie daher als Besitzerin eines solchen zur Ausübung wohl befugt sey.

3) Daß ihr auch die Beilieger-Ordnung von 1795 zur Seite stehe, vermöge deren jeder Beilieger gleich den Bürgern aus den Communal-Waldungen das nöthige Brandholz erlangen könne.

Die klagende Stadt bestritt alle diese Behauptungen, sie sagte, Verklagte und ihre Familie seyen keine Beilieger, sie seyen bloß Schutzverwandte. Das Holzungs-Recht klebe auch nicht den Häusern an; denn einmal gebe es mehr Holzberechtigte, als es Häuser in Winterberg gebe, was gegenseitig zugestanden ist; andertheils gebe es Haus-Eigenthümer, die kein Brandholz zu beziehen hätten. Ueberhaupt aber könnten Juden kein Theilnahme-Recht am Communal-Vermögen haben.

Per duas conformes, des Justiz-Amts Medebach, publ. den 14. Mai 1830 und des Hof-Gericht zu Arnsberg publ. den 6. Sept. 1833 wurde die Stadt mit ihrer Negatorien-Klage refusis expensis abgewiesen.

Das erste Urtheil geht davon aus: die Verklagte sey einmal rechtskräftig im Besitze geschützt; mithin brauche sie ihr Recht selbst nicht mehr zu beweisen, klagende Stadt habe aber das Gegentheil nicht bewiesen.

Das Appellations-Urtheil geht von der Ansicht aus, es komme alles auf Observanz und Herkommen in Win-

Digitized by Google

ferberg an; dieses sey durch die vernommenen Zeugen zu Gunsten der Verklagten dargethan.

Die Stadt legte Revision bei dem Ober-Landesgericht zu Münster ein und führte im Revisionsberichte noch als novum an, aus Subhastations-Akten Friese gegen Cramer gehe hervor, daß das Beholzungs-Recht kein annexum der Häuser seye, Revisin widersprach aber der Erheblichkeit dieses novi, weil gar nicht angegeben, in welcher Art diese Subhastations-Akten aus neuerer Zeit dergleichen ergeben sollten, und weil es am Ende für die Revisin gleichgültig sey, wie dort die Verkaufs-Vorwarden regulirt worden.

Der hier erzählte Rechtsfall ist zwar an sich selbst von keiner besonderen Wichtigkeit; er giebt indessen Veranlassung, über die ältere Rechts-Verfassung in Deutschland in Betreff der Juden nachzudenken, nicht bloß um dieselbe, soweit noch gegenwärtig positive Rechte abzuleiten sind, festzustellen, sondern auch um von dieser Seite her zu der Beantwortung der Frage nach der völligen Gleichstellung oder Emanzipation der Juden einiges Material zu beschaffen. Die weitere Bearbeitung oder Benutzung desselben in dieser letztern Rücksicht möchte indessen für den Zweck dieser Zeitschrift nicht gehören; deßhalb beschränke ich mich hier auf die eigentlich juristische Analise des Rechtsfalles.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß, wenn wie eben hier die Frage nach dem Rechte der Juden aus dem gemeinen deutschen Privatrechte zu beantworten ist, weil von ihren Verhältnissen zu Gemeinden die Rede ist, welche noch in ihrer alten Form und Zusammensetzung

Digitized by Google

bestehen, die in dieser Beziehung nicht durch neuere Gesetze und Verfassungen, wie z. B. durch die französische, abgeändert sind, alsdann die Präsumtion gegen die Juden ist, so oft sie Antheil an Gemeinde-Rechten verlangen. Juden hatten nach gemeinem Rechte nur eine verminderte Rechtsfähigkeit. Sie entbehrten nicht nur der Fähigkeit, öffentliche Aemter und Würden zu erhalten, sondern auch, das Bürger- und Zunft-Recht zu gewinnen: Sie konnten in der Regel keine Grundstücke erwerben, waren nichts weiter, als eine besondere Art von Schutzverwandten, deren Geleitsbrief ihnen oft sogar nur ein jus personalissimum auf Schutz als Unterthanen gab, was nicht einmal auf ihre Kinder überging.

Es ist aber auch eben so bekannt, daß Privilegien und Observanzen hierin an manchen Orten viel gemildert hatten, und die Stadt Winterberg selbst gibt das Beispiel, daß dort Juden Bürger-Häuser besitzen konnten. Schon im Jahre 1791 kaufte Verklagters-Ehemann ein solches vom Zeugen Wahle, welches seine Wittwe im Jahre 1816 gegen ein anderes vertauschte; der Contrakt ist gerichtlich bestätigt.

Steht es aber schon fest, daß in Winterberg Juden Immobilien eigenthümlich erwerben konnten, und wirklich besaßen, dann ist es auch nicht mehr zu bestreiten, daß sie an den Vortheilen des Gemeinde-Eigenthums Theilnahme-Rechte haben konnten, d. h. in ihrer Qualität als Juden liegt dann nicht mehr die Rechts-Präsumtion der Unfähigkeit zu solcher Theilnahme. Gleichwohl ist es wiederum Regel, daß das Recht des Mitgenusses

Digitized by Google

der Stadtgüter, welche zur Benutzung für alle Bürger bestimmt sind, nur ein Ausfluß des vollen Bürgerrechts ist, und im Allgemeinen nicht einmal den Beiliegern gebührt, die nur das kleine Bürgerrecht haben. (Runde §. 443. 451.) Noch mehr ist es Regel, daß bloße Schutz-Verwandte, wenn sie auch sonst nicht rechtsunfähig sind, ein Recht auf diesen Mitgenuß haben.

Es ist also

1) die Behauptung der klagenden Stadt unrichtig, daß es hier auf weiter nichts ankomme, als auf die Frage: ob den Juden in Winterberg in einem Geleitsbriefe das streitige Holzungs-Recht eingeräumt sey; was freilich nicht der Fall ist.

2) Eben so unrichtig ist die Behauptung der Verklagten, das Beholzungs-Recht stehe ihr zu, weil die Beilieger-Ordnung solches den Beisassen gebe. Denn das mußte Verklagte beweisen, daß sie Beilieger-Recht habe; und ferner ist ihre Behauptung unrichtig, die Stadt müsse negativam beweisen, weil Verklagte in possessorio geschützt worden sey. Denn das Recht der Verklagten steht keinesweges auf gleicher Stufe mit dem der Bürger. Jene mußte also den Beweis führen, entweder des speziellen Rechts-Titels oder der Observanz, daß jeder Einwohner oder wenigstens, daß jeder Hausbesitzer das streitige Recht von jeher exercirt habe. Eben diese Grundsätze hat auch das Ober-Landesgericht zu Münster in den Entscheidungsgründen seines Revisions-Urtels welches in dem angeführten Rechtsfalle ergangen

Digitized by Google

ist, angenommen, und alsdann auf den Grund der Zeugen-Depositionen den Beweis für geführt erachtet daß in Winterberg seit länger als Menschengedenken die Observanz bestehe, daß, wenn auch nicht jeder Einwohner, doch jedenfalls jeder Hausbesitzer, gleichviel ob Jude oder Christ, das Holzungs-Recht quaest. ausgeübt habe, wogegen die Unerheblichkeit der in revisorio bezogenen Subhastations-Akten schon aus der gegenseitigen Erwiederung hervorgehe.

Digitized by Google

XLVII.

Wie erlangt der Käufer u. s. w. das Eigenthum, wenn der Verkäufer nicht im Besitze ist, also nicht tradiren kann?

Abhandlung

von

Sommer.

(A. L. R. I. 9. §. 2—6. I. 10. §. 1. 2. I. 11. §. 382. 376. 377. 402.)

Nach dem allgemeinen Landrecht [1]) bedarf es zum Uebergange des Eigenthums von einem Eigenthümer auf den anderen der Tradition als modus acquirendi. [2]) Dieser so einfache Satz gestaltet sich sonderbar in der Praxis, wenn der z. B. verkaufende Eigenthümer nicht im Besitze ist, und nun der Käufer gegen den Besitzer klagen will. Der Besitzer erwidert, daß der Kläger wegen ermangelnder Tradition nicht Eigenthümer geworden, also auch nicht gegen den dritten Besitzer klagen könne, und

---

[1]) Thl. I. Tit. 9. §. 2—6. Tit. 10. §. 1. 2.

[2]) Ueber den Tadel, den diese der damaligen Schule nachgeschriebene Distinktion zwischen titulus und modus acquirendi gefunden, s. Hugo civil. Magaz. Bd. 4. S. 170 ff.

Digitized by Google

der Kläger wird hierauf in der Praxis abgewiesen. Sonderbar genug behält nun also der Eigenthümer ein Eigenthum, was er nicht mehr haben will, dessen er sich begeben, da man nicht annehmen wird, daß das Eigenthum als derelinquirt erloschen. Auffallend muß es erscheinen, daß der Eigenthümer sein nirgend als ein jus personalissimum erklärtes Recht nicht einem Andern mit der Wirkung, daß dieser das Recht nun erlange, sollte übertragen können. Denkt man sich vollends den Fall, daß der Eigenthümer über das Meer auswandern will, somit nicht Zeit hat, die Rückgewähr seines Eigenthums und die dadurch möglich grwordene Tradition an seinen Käufer abzuwarten, so zeigt sich noch mehr das Beengende der fraglichen Ansicht für die Lebensverhältnisse, denen doch die möglichste Freiheit zu wünschen ist.

Rücksichtlich der Verhältnisse, wo der Dritte nur den Besitz des Eigenthümers ausübt, kann keine Schwierigkeit vorliegen. Es bedarf hier keiner körperlichen Uebergabe, sondern, „wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers inne hat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, ist die Uebergabe vollzogen.“ [3]) Mithin wird der neue Besitzer auch Eigenthümer, somit zur Klage gegen den Dritten berechtigt. Es kann hier nun freilich der Fall eintreten, daß der angewiesene Inhaber einem anderen, dem der Eigenthümer, wenn gleich später, den Besitz durch Anweisung übertragen hat, die Sache körper-

---

[3]) A. L. R. I. 7. §. 66—68. 59.

Digitized by Google

lich übergibt, und so diesen zum alleinigen Eigenthümer macht,[4]) oder daß, wenn Mehrere den Besitz vom Eigenthümer blos noch durch Anweisung erhalten haben, der Richter den Besitz sequestrirt und unter ihnen den Vorzug bestimmt;[5]) allein so sonderbar vorzüglich die letztere Bestimmung ist, und so dürftig motivirt sie durch die Materialien erscheint,[6]) so kümmern uns diese Verhältnisse hier doch nicht, es genügt, daß coeteris paribus der Käufer ꝛc. durch die Erklärung des alten Eigenthümers an und für sich Eigenthümer wird.

Schwieriger stellt sich der hier eigentlich zu Frage stehende Fall, wenn der Dritte eigenen Besitz hat. Es kann hier nur die Lehre von der Abtretung der Rechte das naturgemäße Verhältniß, wodurch sich doch Jeder seiner — nicht rein an die Person geknüpften — Rechte zum Vortheil eines Anderen begeben kann, herstellen. „Alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, können Andern abgetreten werden.“[7]) „Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigen-

---

4) A. L. R. I. 7. §. 74.

5) I. 7. §. 75. 76. I. 10. §. 18—25.

6) Simon und von Strampff Materialien des allgem. Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung (auch Band 3. der Zeitschrift) S. 27. 28. §. 132—134. S. 79. 80. §. 620—622 S. 139—142. §. 67. 68. S. 242—244. §. 43—45. S. 247. 248. §. 32—50.

7) A. L. R. I. 11. §. 382.

Digitized by Google

thum seines Rechts zu überlassen;“ [8]) „die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, wird Cession genannt.“ [9]) „Durch die Cession tritt der neue Inhaber in alle abgetretenen Rechte und damit verbundenen Pflichten des Cedenten.“ [10]) Nirgend sind diese allgemeinen Bestimmungen blos auf Forderungen beschränkt, sie gelten unbedenklich auch für dingliche Rechte. Man kann hiernach nun zwar durch die Abtretung aller Rechte des Eigenthümers nicht ohne Tradition das Eigenthum selbst übergehen lassen, weil man dadurch mit den gesetzlichen Bestimmungen in der Note 1. in Widerspruch gerathen würde. Allein nichts hindert die Vindications-Klage des Eigenthümers als auf den Cessionar übergegangen anzunehmen, und diesen sonach zur Eigenthums-Klage gegen den Dritten legitimirt zu achten. Durch den Besitz des dritten Nicht-Eigenthümers entsteht schon von selbst ein Rechts-Verhältniß desselben zum wahren Eigenthümer, was auch nie ohne alle obligationsmäßige Folgen ist, wie schon Mühlenbruch [11]) bemerkt, und auch nach der Preuß. Gesetzgebung [12]) nicht bezweifelt werden kann; und um so weniger kann also der Cession der aus diesem Verhältniß entstandenen Vindications-Klage als eines Rechts

---

[8]) §. 376.

[9]) §. 377.

[10]) §. 402.

[11]) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. II. Aufl. §. 2. S. 13. 14.

[12]) A. L. R. I. 7. §. 188 ff. I. 15. §. 17 ff.

Digitized by Google

etwas entgegenstehen. Haben wir zwar im Preußischen Prozesse keine genera und formulas actionum mehr,[13]) so haben wir doch immerhin Klagerechte, wie denn auch die Prozeß-Ordnung nur das ängstliche Binden an diese formulas actionum bei der Klagaufnahme verbietet, keineswegs aber den in der Natur der Sache liegenden Begriff der Klagerechte verneint. — Dieser Cessionar kann nun die Sache vom Besitzer erstreiten und ihre Ueberlieferung an sich bewirken. Jetzt erst wird er — bisher Eigenthümer des Klagerechts — Eigenthümer der Sache.[14]) Denn einer Ueberlieferung vom bisherigen Eigenthümer kann er nicht bedürfen, da dieser im voraus schon auch seine Rechte auf den Besitz dem Käufer ꝛc. übertragen, den Dritten, selben an ihn abzutreten, angewiesen, ihn, solchen für sich zu behalten, ermächtigt hat. Nach einer Verbindung der §§. 58. 59. 66. 70. 71. 123. I. 7. läßt sich dies gar nicht bezweifeln. — Uebrigens ist nun aber das Eigenthum selbst — wenn gleich nicht die Klage — bis zur Vollstreckung des Vindications-Urtels beim Eigenthümer geblieben, übrigens so vinkulirt, daß er keinem

---

13) A. G. O. I. 5. §. 20.

14) Wie auch Mühlenbruch §. 18. S. 227. nach römischem Rechte bemerkt. Ueberhaupt verweise ich auf denselben rücksichtlich des häufig für den Cessionar der Vindication angenommenen analogen Eigenthums und der Interpretation der L. 9. C. de hereditate vel actione vendita. (4, 39.) s. §. 18. S. 222 ff. §. 49. S. 493. 494.

Digitized by Google

Dritten es mehr einräumen kann, es sey denn, daß dieser es zufälliger Weise bona fide durch frühere Vermerkung seines wennn gleich späteren Titels ins Hypothekenbuch oder durch frühere Tradition erwürbe.[15])

Sind diese Ansichten richtig, so kann sich nur noch fragen, ob es zu ihrer Anwendung einer besonderen förmlichen Cession der Vindicationsklage bedürfe. Unseres Ermessens liegt diese Cession von selbst im Vertrage, wodurch der bisherige Eigenthümer sich des Eigenthums zu Gunsten seines Contrahenten begibt. Er erklärt dadurch von selbst als gewollt dasjenige Rechtsgeschäft, wodurch allein die Erlangung des Eigenthums möglich gemacht werden kann. Ein umsichtiger Richter oder Notar wird aber dennoch um der Schwachen willen die Cession der Abtretungsklage ausdrücklich erwähnen. Diesemnach hätte also die bisherige Praxis Unrecht, indem sie dem Käufer, der noch keine Tradition hat, die Klage gegen Dritte versagt. Da übrigens der Cessionar nach §. 402. A. L. R. I. 11. auch in die Pflichten des Cedenten tritt, so muß sich hier der Vindications-Cessionar auch die gegen seinen Cedenten statt findenden Einreden können entgegensetzen lassen, also z. B., wenn der Dritte vom Cedenten durch einen ungültigen Vertrag den Besitz erlangt, demselben die Rechte des §. 156 ff. A. L. R. I. 5. gewähren. Eher kann er nicht die Tradition ver—, also nicht das Eigenthum erlangen, bleibt also bis dahin in den vom Verkäufer abgeleiteten Rechtsverhältnissen.

---

[15]) A. L. R. I. 10. §. 19. 23. 25.

Digitized by Google

Wir geben diese Ansichten zur näheren Beleuchtung hin, sie machen noch nicht geradezu Anspruch auf unbedingte Richtigkeit, wohl aber auf das Verdienst der Anregung einer praktisch so sehr wichtigen Frage, über deren bisherige Nicht-Erörterung derjenige nicht staunen wird, der so häufig die Dürre unserer Jurisprudenz grade bei den bedeutendsten, praktischsten Fragen findet. Es wird noch etwas währen, ehe wir Preußische Pandekten schreiben können, allein das Streben darnach darf nicht aufhören.

Digitized by Google

XLVIII.

1) Berührt der durch das Gesetz vom 21. April 1825 eingeführte Allodifications-Zins jeden Besitzer einer vormals Lehnspflichtigen Realität, auch den, der in gutem Glauben dieselbe gekauft und einen reinen Hypothekenschein erlangt hat?

2) Ist, wer auf den Grund eines Hypothekenscheines in gutem Glauben ein früheres Lehn erworben hat, auch verbunden, das darin bezogene ältere Hypothekenbuch nachzusehen, und muß er sonst die in diesem enthaltenen Notizen als ihm rechtlich bekannt gegen sich gelten lassen?

(II. Gesetz vom 21. April 1825 §. 52. A. L. R. I. 18. §. 260. 665.)

Rechtsfall, mitgetheilt von einem alten Praktiker in der Grafschaft Mark.

Diese Frage ist, nachdem sie durch die beiden nachstehenden ersten Erkenntnisse verneint, durch das folgende dritte bejaht worden. Dadurch ist der aus unsern Gesetzen sich ergebende Grundsatz: daß der Erwerber einer

Digitized by Google

Realität dem Glauben des Hypothekenbuchs sich anvertrauen dürfe, auf eine auffallende Weise verletzt worden. Im vorliegenden Falle verliehrt der Käufer den Allodifications-Zins (§. 52. des Gesetzes vom 21. April 1825, Nr. 939. der Ges. Samml.) ohne seine Schuld, weil der Verkäufer, gegen den der Regreß vorbehalten worden, immittelst in Concurs versunken und in der letzten Classe nichts zu haben ist. Der Hypothekenschein vom Jahr 1824, dessen die Entscheidungsgründe des Revisions-Erkenntnisses gedenken, bezieht sich zwar in Ansehung des Besitztitels auf das ältere (vor der franz. Zeit und vor dem Jahre 1810 geführte) Hypothekenbuch, was erst während der Instruction des Prozesses herbeigeholt ist; allein der Käufer des fraglichen Zehntens hat nicht das Mindeste davon gewußt. Der Verkäufer hatte bereits im Jahr 1824 sich in die neuen, zufolge des Hypotheken-Patents vom 22. Mai 1815 angelegten, Hypothekenbücher eintragen, ohne dabei erwähnen zu lassen, daß der Zehnten vormals lehnspflichtig gewesen, und erst im Jahre 1827 hatte er denselben verkauft, wobei blos der neueste Hypothekenschein vom Jahre 1824 vorgelegt worden, was auch nach allen bisherigen Gesetzen genügen mußte.

Wie, wenn vor dem am 27. October 1832 eröffnetem Revisions-Erkenntnisse das Objekt nicht als revisibel angegeben wäre? — Der Streit wäre dann nicht in die dritte Instanz gekommen, und zur Nullitätsklage (Tit. 16. der Proz. Ordn.) war gar kein Grund vorhanden. Der Käufer soll auch nachher den Allodifications-Zins für 50—60 Thaler abgelöset haben; nach-

Digitized by Google

dem der dritte Spruch, der wahrscheinlich zu vermeiden gewesen, erschienen war.

Würde Fiskus auch, wenn das Appellations-Erkenntniß erst im Jahre 1834 gesprochen wäre, die durch das Gesetz vom 14. December 1833 eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde versucht, würde sie ihm geholfen haben?

In Sachen des K. E. M. zu H. Klägers, gegen den Domanial-Fiscus, vertreten durch die Königliche Regierung zu Arnsberg, Verklagten,

erkennt das Königl. Ober-Landesgericht zu Hamm hiemit für Recht:

daß Verklagter mit seinen Lehnsansprüchen auf den, von dem X. gekauften W. Zehnten, so wie mit seiner Forderung eines Allodifications-Zinses abzuweisen und die Prozeßkosten zu tragen zwar schuldig sey, jedoch davon die gerichtlichen, wie hiemit geschieht, niederzuschlagen.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Daß den Verklagten nicht die Präclusiv-Frist des Hypotheken-Patents vom 22. Mai 1815 und die Verordnung vom 11. Mai 1818 in Betreff eines Realanspruchs entgegenstehe, welcher erst durch das Königliche Edict vom 21. April 1825 seine Existenz erhält, liegt außer allem Zweifel. Allein eben so wenig kömmt es hier auf den Umstand an, in wie fern die Lehns-Qualität der fraglichen Zehntbefugniß in dem ältern Hypothekenbuche erwähnt ist. Nach dem durch die französische Ge-

Digitized by Google

setzgebung der Feudal-Verband gänzlich aufgehoben und als hierüber noch keine nähere legislative Disposition erfolgt war, wurde bereits für den Vorbesitzer des Klägers der M. Garbenzehnt als freies Eigenthum in die neuen Grundbücher eingetragen. Die Königliche Verordnung vom 21. April 1825 hat nun zwar §. 52. bei denjenigen Lehnen, in welchen das Recht des Lehnsherrn nicht schon durch frühere Gesetze oder Verträge aufgehoben war, dem vormaligen Lehnsherrn ein pro Cent des jährlichen Ertrags, als Entschädigung angewiesen, mit der Bestimmung, daß diese Abgabe auf dem, in freies Eigenthum verwandelten Lehngut haftez hieraus folgt aber keinesweges, daß die Verbindlichkeit zu einer solchen Leistung auch ohne hypothekarische Eintragung gegen jeden Besitzer der verpflichteten Grundstücke conservirt bleibe. Denn, wenn gleich auf die gedachte Weise ein gesetzlicher Pfand-Anspruch begründet ist, und nach §. 135. Thl. 1. Tit. 2. § 7. Tit. 19. die aus dinglichen Rechten auf fremden Sachen entstehenden Verpflichtungen, in der Regel jeder Besitzer derselben anerkennen muß, so erscheinen doch weder durch diese Bestimmungen, noch durch die des §. 52. der allegirten Königlichen Verordnung dergleichen Ansprüche hinsichtlich ihres Hypothekenrechts im Mindesten von denjenigen Bedingungen befreit, welche zu deren Erwerbung vorgeschrieben sind, vielmehr hat, nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 412. Thl. 1. Tit. 20. des A. L. R. auch ein gesetzliches Pfandrecht, so lange dessen Eintragung in die Grundbücher unterblieben ist, noch nicht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts. Verklagter hat nun aber diese Inta-

Digitized by Google

bulation in Antrag gebracht, als Kläger den fraglichen Zehnten bereits von einem in die neuen Grundbücher eingetragenen Besitzer rechtsgültig erworben und die Eintragung seines Eigenthums ebenfalls bewirkt hatte. Indem also Ersterer in Betreff des Allodifications-Zinses noch kein Hypothekenrecht, sondern durch den §. 52. der allegirten Verordnung blos einen diesfälligen Titel erworben hat, und hingegen nach gesetzlichen Bestimmungen derjenige, welcher ein dingliches Recht von einem in das Hypothekenbuch eingetragenen Eigenthümer rechtsgültig erworben hat, und als Besitzer eingetragen ist, einem nicht eingetragenen Realprätendenten auf keine Weise verpflichtet wird, A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §. 7. und 8. Tit. 19. §. 14. Tit. 20. §. 9. und 10. so ergibt sich die gänzliche Ungültigkeit der fraglichen Lehnsansprüche in Beziehung auf die erwähnten Zehntgrundstücke. Von der diesfälligen Entscheidung der Sache selbst ist die hinsichtlich des Kostenpunkts eine gesetzliche Folge.

Publ. Hamm, den 10. Juni 1830.

Königl. Ober-Landesgericht.

Von Seiten ꝛc. ꝛc.

In Sachen Fiscis domanialis Verklagten, Wiederkläger und Appellanten wider den K. E. M. Kläger, Wiederverklagten und Appellaten

erkennt der zweite Senat des Königl. Ober-Landesgerichts zu Münster den Akten gemäß für Recht:

daß formalia appellationis für berichtigt zu achten, zur Sache selbst aber das von dem Ober-Landesgericht

Digitized by Google

zu Hamm unter dem 10. Juli 1830 publizirte Erkenntniß unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, wovon jedoch die gerichtlichen niederzuschlagen, lediglich zu bestätigen.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Denn, wenn gleich nach §. 52. des Gesetzes vom 21. April 1825 wohl nicht mit Grund bezweifelt werden kann, daß das Recht des ehemaligen Lehnsherrn, von dem ehemaligen Lehnsgute den Allodifications-Zins zu fordern, ein dingliches Recht sey, da der allegirte §. ausdrücklich sagt: „daß der Allodifications-Zins „auf den in freies Eigenthum verwandelten Lehngute hafte,“ und wenn gleich es eben so unzweifelhaft ist, daß dem Fiskus wegen Anmeldung dieses Realrechts nicht die durch das Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 festgesetzte Präclusiv-Frist entgegengesetzt werden kann, da dieses Realrecht erst im Jahre 1825, also längst nach Ablauf jener Präclusiv-Frist ins Leben trat, so daß Fiskus, wenn der X. als ehemaliger Vasall noch Eigenthümer des W. Zehntens gewesen wäre, gegen Letztern die hypothekarische Eintragung seiner Ansprüche auf Eintragung des Allodifications-Zinses unbedenklich noch hätte verlangen können, so mußte dennoch in casu die Abweisung des Fiskus mit seinen Ansprüchen und die Bestätigung des Erkenntnisses, von welchem, erfolgen; da der M. auf den Glauben des Hypothekenbuchs sich stützend, im Jahre 1827, also nach Einführung des Allodifications-Zinses, den W. Zehnten ganz schulden- und lastenfrei angekauft und auf

Digitized by Google

sich den Besitztitel hatte umschreiben lassen, und da durch §. 9 ff. des Hypotheken-Patents vom 22. Mai 1815 ganz ohne alle Einschränkung und ohne alle Ausnahme bestimmt wird, daß wenn nach Ablauf der Präclusiv-Frist, ein Immobile, bevor ein Realrecht darauf angemeldet worden, an einen dritten redlichen Besitzer verkauft werde, dann die Eintragung des Realrechts auf dieses verkaufte Gut von dem Realgläubiger nicht mehr verlangt werden, sondern dieser sich blos an den vorigen Besitzer halten könne.

Da hiernach die Bestätigung des ersten Erkenntnisses erfolgen mußte, so fielen auch die Kosten dieser Instanz dem Fiskus zur Last, wovon jedoch die gerichtlichen nach §. 46. Tit. 23. der Prozeß-Ordnung niederzuschlagen waren.

publ. Hamm, den 29. Januar 1831.

(gez.) v. Bernuth.

In Sachen Fisci, vertreten durch die Königliche Regierung zu Arnsberg, Beklagten und Wiederklägers, jetzt Revidenten, wider den K. E. M. zu H., Klägers und Wiederbeklagten, jetzt Revisen,

erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß formalia revisionis richtig, auch in der Hauptsache die vorigen Erkenntnisse de publ. den 10. Juli 1830 und 29. Januar 1831 zwar in so weit zu bestätigen, daß es bei der Erklärung des Fisci, auf den früher von dem W. Zehnten erhobenen Lehns-Canon von 4 Thaler zu verzichten, sein Bewenden behalte, im Uebrigen aber diese Urtheile dahin zu

Digitized by Google

ändern, daß Fiskus mit seinem aus der aufgehobenen Lehnbarkeit des Garbenzehntens entstandenen Anspruch auf Entrichtung des Allodifications-Zinses nicht abzuweisen, vielmehr der Kläger verbunden, den in separato zu ermittelnden jährlichen Betrag desselben für die Vergangenheit seit der Gesetzkraft des Bergischen Dekrets vom 11. Januar 1809 und für die Zukunft halbjährig, am letzten Juni und letzten December jeden Jahres, zu entrichten, übrigens sämmtliche Prozeßkosten zu compensiren und der Antheil des Fiskus an den gerichtlichen niederzuschlagen, dem Kläger auch wegen etwaiger Verbindlichkeit seines Verkäufers X. ihm den zu entrichtenden Zins zu vergüten, seine Rechte vorzubehalten.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Zuvörderst versteht sich von selbst, daß dem Fisco der Ablauf der in dem Patente vom 22. Mai 1815 verordneten Präclusions-Frist nicht entgegen steht, da dieses Patent auf Ansprüche nicht bezogen werden kann, die erst durch das Edict vom 24. April 1825 begründet wurden; dies Edict trat an die Stelle des Bergischen Decrets vom 11. Januar 1809 und bestätigte die Aufhebung der Lehnrechte nicht unbedingt, sondern nur unter den Bestimmungen, wie sie in den §§. 52. und 54. enthalten sind, der darin geordnete Allodifications-Zins ist als auf dem ehemaligen Lehngute haftend bezeichnet, und soll seit 1809 nachgezahlt werden. Dadurch, daß

Digitized by Google

das ehemalige Lehngut von dem vormaligen Vasallen veräußert wird, können die dem Lehnsherrn gesetzlich zugesicherten Rechte nicht geschmälert werden, und es ist deshalb auch in dem Edict vom 21. April 1825 auf den Wechsel der Besitzer nicht die entfernteste Rücksicht genommen, wiewohl doch nicht zu verkennen war, daß ein solcher Wechsel seit dem Jahre 1809 schon in sehr vielen Fällen eingetreten seyn mußte. Daß der Allodifications-Zins im Hypothekenbuche eingetragen seyn müsse, um das Recht zu selbigem gegen den dritten Besitzer geltend zu machen, schreibt das Gesetz nicht vor, es bedarf der Eintragung desselben so wenig, als sie in Betreff der im §. 48. Tit. 4. der Hypotheken-Ordnung bezeichneten Abgaben nöthig ist. Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, daß er die Qualität des W. Garbenzehntens als eines ehemaligen Cleviſchen Lehns aus dem Hypothekenbuche nicht habe ersehen können. Denn in dem Hypothekenscheine fol. 80. und 101. der Gründacten, von denen der letzte vom Jahre 1824 sich in den Händen des Klägers befand, war auf das alte Hypothekenbuch des Land-Gerichts zu U. fol. 568. Bezug genommen, wo sich quaest. Zehnt, als Lehn, bezeichnet findet. Hierdurch mußte Kläger nach §. 260. und 665. Tit. 18. Thl. I. des Allg. L. R. veranlaßt werden, bei seiner Acquisition des Zehntens im Jahre 1827 auf eine Prüfung der Besitzrechte seines Verkäufers einzugehen, durch welche er von der Lehns-Qualität des Zehnts Kenntniß erlangt haben würde; daß er sie unterlassen, kann dem Fisco, der sich an das ihm verpfändete Object zu halten befugt ist, nicht

Digitized by Google

nachtheilig seyn, und es bleibt dem Kläger nur der etwaige Regreß an seinen Verkäufer frei.

Hierdurch rechtfertigt sich die Entscheidung der Hauptsache und mit ihr die des Kostenpunkts.

Publ. Hamm, den 27. October 1832.

(gez.) v. Grolmann.

Digitized by Google

XLIX.

1) Gehen im Recognitions-System die bei der Subhastation nicht angemeldeten Reallasten auf den Erwerber über?
2) Wirkt die Präclusion der Real-Prätendenten auch, wenn gleich solche nicht öffentlich bekannt gemacht worden?

Rechtsfall, mitgetheilt

von

Sommer.

(Publ. Pat. vom 21. Juni 1825. §. 12. A. G. O. I. 50. §. 99. 105.)

Im Arnsberger Ober-Landesgerichts-Departement besteht nach dem Publications-Patente vom 21. Juni 1825 rücksichtlich des Hypothekenwesens das Recognitions-System, welches nach der Verordnung vom 31. März 1834 nur allmählig in das System der Preußischen Hypotheken-Ordnung von 1783 übergehen wird. Es war hier nun bestritten, ob ältere, vor der Einführung der Preußischen Gesetzgebung nämlich begründete, Colonat- oder sonstige Renten, da deren Anmeldung und Recognition nicht vom Gesetzgeber verlangt, bei Subhastationen angemeldet werden müssen, unter die in Folge des §. 12. des Publications-

Digitized by Google

Patents zu präcludirenden Ansprüche der Real-Prätendenten gehören. Das Hof-Gericht zu Arnsberg hat diese Frage unterm 28. Januar 1835 bejahend entschieden. Folgendes sind die

Gründe.

Im Jahre 1830 wurde beim Justiz-Amte Balve eine Wiese des Theodor Schulte zur nothwendigen Subhastation gezogen, das Subhastations-Patent, nebst Aufgebot der Real-Prätendenten, unter dem 7. April 1830 erlassen, und nachdem zur Erledigung entstandener Zweifel über die Realjurisdiction des gedachten Gerichts ein Commissorium des Königl. Hof-Gerichts vom 10. Juli 1830 extrahirt war, unter dem 15. November 1830 der Adjudications-Bescheid nebst der Präclusion der Real-Prätendenten erlassen.

Der Königliche Fiskus, dessen Realrechte weder aus den Hypotheken-Registern noch aus den Subhastations-Akten constiren, verlangte von dem Kläger, als dem Adjudicatar, die Entrichtung einer Colonats-Abgabe von Roggen, Gerste und Geldgefällen. Dieses Ansinnen veranlaßte den Kläger, in seiner, diesem Prozesse zum Grunde liegenden Klage dahin anzutragen, in Rechten auszusprechen, daß die vom Verklagten auf die Wiese behauptete Colonat-Abgabe in Folge der Praeclusoria vom 15. November 1830 nicht mehr bestehe.

Diesem Antrage gemäß hat das Justiz-Amte Arnsberg in erster Instanz erkannt und der Verklagte dagegen rechtszeitig appellirt.

Diese Appellation erscheint indessen nicht begründet. Nach A. G. O. I. 51. §. 99. wird nach der

Digitized by Google

Preuß. Hypotheken-Verfassung der Ankäufer eines subhastirten Grundstücks den unbekannten und nicht eingetragenen Real-Prätendenten nicht verhaftet, und es kommt daher hier nur noch auf die Frage an, in wie weit diese Grundsätze in Folge des Publications-Patents vom 21. Juni 1825 eine Abänderung erleiden, indem nach §. 13. alle Bestimmungen unserer Gesetze, welche ein eingerichtetes Hypothekenwesen voraussetzen, außer Anwendung bleiben sollen. Nach §. 8. des Publications-Patents sind alle diejenigen, welche vom 1. December 1825 an auf ein Grundstück einen Titel zur Hypothek oder zu einem Realrechte erworben haben, zur Anmeldung aufgefordert, nach §. 22. sind auch ältere Hypothekengläubiger angewiesen, ihre Rechte vor dem 1. December 1825 zu den Hypotheken-Registern anzumelden, nach der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 4. Februar 1828 sollen dagegen Realrechte durch diese Präclusion nicht bedroht werden.

Hieraus folgt wenigstens so viel, daß der Ankäufer eines Grundstückes gegen solche Real-Ansprüche auf keine Weise gesichert ist, und daß er sich nach deren Daseyn erkundigen, und sonst die Nachtheile tragen muß.

Nur der §. 12. des Publications-Patents kommt grade bei Subhastationen dem Ankäufer zu Hülfe, und sichert ihn gegen dergleichen Ansprüche, indem er bestimmt:

„Verlangt ein Gläubiger, welchem auf den Grund der vorstehenden Bestimmungen ein Hypothekenrecht zusteht, die Subhastation eines Grundstücks, so soll dabei nach Vorschrift der A. G. O. I. 51. §. 99. verfahren werden.“

Digitized by Google

Diese letztere läßt aber das Aufgebot eines Grundstücks gegen unbekannte Real-Prätendenten zur Deckung des Käufers zu und legt den Ausbleibenden ein ewiges Stillschweigen auf.

Dieses Aufgebot ist im vorliegenden Falle vorschriftsmäßig ergangen, die Präclusion ausgesprochen und dadurch der Real-Anspruch des Fiskus vernichtet.

Vergebens wendet derselbe hiergegen ein, daß ꝛc. ꝛc.

Eben so wenig kann es

3) erheben, daß dem Fiskus die Präclusion nicht bekannt geworden ist, da die A. G. O. §. 105. l. c. eine öffentliche Bekanntmachung derselben nicht verordnet.

Digitized by Google

L.

1) Ob in Folge der Verordnung vom 14 December 1833 in Concurs und Liquidations-Prozessen die Appellation auch noch nach Ablauf der 6 Wochen im Termine zur Regulirung der Appellationen angemeldet werden könne?

2) Ist es eine Nichtigkeit, wenn der Richter auf den Grund einer von den Partheien nicht vorgebrachten Rechts-Einrede entscheidet?

3) Kann ein richterlicher Beamter die Cession einer auf einem rechtskräftigen Urtel beruhenden Forderung ohne besonderes Anerkenntniß des Schuldners annehmen?

4) Findet dieses Verbot auch auf eingetragene Forderungen Anwendung?

(Verordn. vom 14. Dez. 1833 §. 22. §. 5. N. 1. A. L. R. I. 11. §. 385—387. Rescript vom 16. Nov. 1823 und 19. August 1836.)

Rechtsfall, mitgetheilt

von

Sommer.

In einem beim Land- und Stadgerichte Hagen schwebenden erbschaftlichen Liquidations-Prozesse verfolgte der Gerichts-Sekretair Rahmer eine ihm cedirte hypothe-

Digitized by Google

karisch eingetragene Forderung. Durch das Classifikations-Erkenntniß erster Instanz wurde der Cessionar in der III. Classe locirt. Zwei Gläubiger, der Armenvorstand zu Herdecke und die Wittwe Rose daselbst appellirten hiegegen, behauptend, daß die Forderung vor der Cession durch Zahlung getilgt gewesen. Das Ober-Landesgericht zu Hamm wies den Nahmer durch das am 31. Dez. eröffnete Appellations-Erkenntniß lediglich ab, und zwar auf Grund des §. 385. Tit. 11. Thl. I. A. L. R., obgleich übrigens die Gültigkeit der Cession weder in erster noch zweiter Instanz angefochten war. Das Geheime Ober-Tribunal vernichtete unterm 30. Juli 1836 das Appellations-Erkenntniß, schlug dessen Kosten nieder, compensirte die Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens, und bestätigte in der Hauptsache das erster Instanz-Erkenntniß unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten der zweiten Instanz.

Gründe.

Von den verschiedenen, durch den Imploranten aufgestellten Nichtigkeitsgründen ist der erste darauf gegründet, daß die Frist zur Anmeldung der Appellation überschritten und diese Ueberschreitung von dem Appellations-Richter zugelassen worden sey.

Diese Behauptung ist jedoch unrichtig. In dem erbschaftlichen Liquidations-Prozesse finden bei Feststellung der Passivmasse nach Vorschrift des §. 89. Tit. 51. der Allg. Gerichts-Ordnung die Vorschriften des Tit. 50. §§. 116 seq. ebenfalls Anwendung, insoweit hiervon nicht ausdrücklich Ausnahmen gemacht sind, und es kann eben deshalb nicht bedenklich seyn, daß auch in dem vor-

Digitized by Google

liegenden Verfahren der §. 182 seq. Tit. 50. der A. G. O. zur Anwendung kommen muß.

Nach dieser gesetzlichen Vorschrift soll aber das Gericht gleich bei Publikation der Classifikatoria einen Termin zur näheren Regulirung der Sache, wegen der gegen das Urtel etwa entstehenden Beschwerden und vorkommenden Appellationen überhaupt anberaumen und nach §. 183. a. a. O. muß dieser Termin dergestalt angesetzt werden, daß er zugleich mit oder doch bald nach dem Ablaufe der sonst gewöhnlichen Appellations-Frist eintritt. In diesen Bestimmungen hat die Verordnung 14. Dez. 1833 nur in so weit eine Aenderung bewirkt, daß nach deren §. 22. in die Stelle der zehntägigen eine sechswöchentliche Frist getreten ist, in allen übrigen Beziehungen sind aber die §§. 182. und 183. Tit. 50. A. G. O. in Kraft geblieben. Hiernach hätte daher in der vorliegenden Sache allerdings der Termin zur Regulirung des Appellatorii auf den 19. Dezember 1834 oder doch bald nachher angesetzt werden sollen, wenn also der Termin erst am 21. März 1835, mithin über drei Monate später abgehalten worden, so ist dieses Verfahren unbedenklich der deutlichen Vorschrift der Gerichts-Ordnung entgegen. Allein eine Nichtigkeit läßt sich daraus nicht ableiten. Die Prozeß-Ordnung schreibt in der Lehre vom Concurse nirgend vor, daß die Gläubiger, welche mit dem abgefaßten Classifications-Urtel unzufrieden sind, gehalten seyn sollen, so wie im gewöhnlichen Prozesse, die Appellationsbeschwerden dem Gerichte anzuzeigen; an die Stelle dieser Anzeige tritt vielmehr im Concurse das im §. 182. und 183. a. a.

Digitized by Google

O. vorgeschriebene Verfahren. Hiernach sind daher die Gläubiger zu erwarten berechtigt, daß die Ansetzung des Termins zur Regulirung des Appellatorii gleich nach der Publikation des Classifikations-Urtels veranlaßt werden wird, und es kann so nach den Rechten der Gläubiger nicht nachtheilig seyn, wenn dies von dem Gerichte unterlassen und auf solche Weise der Termin weit nach Ablauf der Appellations-Frist anberaumt wird. Nach §. 5. zu 3. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 ist die Verletzung einer wesentlichen Prozeß-Vorschrift nur dann vorhanden, wenn die Frist zur Anmeldung eines Rechtsmittels überschritten und diese Ueberschreitung von dem Richter zugelassen worden ist. Dies setzt also den Fall voraus, daß die Parthei selbst das Rechtsmittel anzumelden verpflichtet gewesen und die Frist überschritten ist. Der Fall, daß die Ueberschreitung durch den Prozeß leitenden Richter herbeigeführt worden, ist hierunter nicht begriffen. Ist also, wie hier, das Letztere geschehen, so ist allerdings eine Prozeß-Vorschrift verletzt; diese Prozeß-Vorschrift gehört aber nicht zu denen, deren Verletzung gesetzlich die Nichtigkeit zur Folge haben soll. In so weit ist also die angebrachte Nichtigkeits-Beschwerde nicht begründet.

Anders verhält es sich dagegen, mit dem ferneren aufgestellten Nichtigkeits-Grunde.

Die Entscheidung des angefochtenen Appellations-Urtels beruht lediglich darauf, daß die Cession, welche der Kaufmann Schrimpf dem Liquidanten Rahmer ertheilt hat, nichtig sey.

Digitized by Google

Dieser auf die §§. 385. und 387. Tit. 11. Thl. I. des Allg. L. R. gegründete Entscheidungsgrund wird von dem Imploranten in zwiefacher Beziehung angegriffen; zunächst, weil derselbe weder in erster, noch in zweiter Instanz zur Sprache gekommen, Implorant mithin ungehörter Sache verurtheilt worden sey; sodann, weil die vorerwähnten gesetzlichen Vorschriften auf den vorliegenden Fall unpassend zur Anwendung gebracht worden, mithin ein Rechts-Grundsatz verletzt worden sey.

In beiden Beziehungen muß auch dem Imploranten Beifall gegeben werden.

Der §. 5. zu 1. der Verordnung vom 14. Dez. 1833 rechnet es zu den Verletzungen wesentlicher Prozeß-Vorschriften, wenn der Implorant nicht gehört, d. h. wenn ihm derjenige Vortrag des Gegners, worauf sich der beschwerende Inhalt des Erkenntnisses gründet, vor Abfassung des letztern gar nicht oder nicht so zeitig bekannt gemacht worden ist, daß er sich darüber hat erklären können; insofern lediglich auf die wörtliche Fassung dieser Vorschrift gesehen wird, würde eingeräumt werden müssen, daß die Voraussetzungen derselben nicht vorliegen. Denn ein Vortrag der Imploraten ist in so weit nicht vorhanden, da Imploraten den Einwand, daß die Cession, worauf Implorant seine Legitimation zur Sache gründet, nichtig sey, überhaupt nicht aufgestellt haben. Allein es ist offenbar mehr noch vorhanden, als das Gesetz gefordert. Ist eine Nichtigkeit schon dann vorhanden, wenn der Vortrag des Gegners nicht mitgetheilt worden, so muß diese Nichtigkeit noch unbedenklicher seyn, wenn die Entscheidung auf einen Einwand gegründet wird, welcher

Digitized by Google

von dem Gegner gar nicht aufgestellt worden ist. Das wesentliche Moment besteht darin, daß Niemand ungehörter Sache verurtheilt werden darf und eben deshalb ist auch der hier vorliegende Fall unbedenklich in demjenigen enthalten, welchen das Gesetz im §. 5. zu 1. aufgestellt hat.

Die Entscheidung des Appellations-Richters verletzt aber auch einen Rechtsgrundsatz, wenn in derselben die Vorschriften §§. 385 bis 387. Tit. 11. Thl. 1. des A. L. R. auf den vorliegenden Fall in Anwendung gebracht worden, wiewohl jene Vorschriften für diesen Fall nicht bestimmt sind.

An sich ist einzuräumen, daß auch Liquidant, wiewohl bei dem Land- und Stadtgericht zu Hagen nur als Secretair angestellt, zu denjenigen richterlichen Personen gehört, von welchem der §. 385. a. a. O. handelt.

Das Gesetz spricht nicht blos von Richtern im engern Sinne des Worts, sondern von richterlichen Personen und der hiermit in Beziehung stehende §. 404. Tit. 20. Thl. 11. des A. L. R. bedient sich nur der Bezeichnung von „Justiz-Bedienten.“ Daß aber unter „richterlichen Personen,“ „Justiz-Bedienten,“ auch die bei den Gerichten angestellten Secretaire zu verstehen sind, ist um so weniger in Zweifel zu ziehen, da nach §. 16. des Anhanges zum A. L. R. in dieser Beziehung auch Actuarien zu den richterlichen Personen gehören, die Stellung der Secretaire nach ihrer amtlichen Wirksamkeit aber noch umfassender ist, als die der Actuarien. Es kann auch ferner nicht, wie Impetrant will, ein

Digitized by Google

entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß der Gemeinschuldner durch das Erkenntniß vom 15. Sept. 1822 zur Zahlung der demnächst theilweise dem Impetranten cedirten Forderung verurtheilt und die Eintragung auf Grund dieses Erkenntnisses bewirkt worden.

Dieses beweiset nur, daß die Forderung zur Zeit der ergangenen Entscheidung in quali et quanto rechtlich bestanden hat, schließt aber nicht aus, daß die Forderung demnächst ganz oder theilweise auf eine oder die andere Weise getilgt seyn kann.

Der §. 386. a. a. O. bezeichnet aber alle Rechte als streitig, welche zur Zeit der Cession von dem Verpflichteten nicht anerkannt worden und ein solches Anerkenntniß ist im vorliegenden Falle nicht vorhanden.

Wesentlich ist dagegen, daß die Forderung, welche Implorant durch Cession erworben hat, zu den eingetragenen gehört, denn auf Forderungen dieser Art können die Vorschriften der §§. 385. bis 387. a. a. O. nicht bezogen werden.

Indem der Appellations-Richter der entgegesetzten Ansicht gefolgt ist, hat sich derselbe zwar auf das Justiz-Ministerial-Rescript vom 17. Nov. 1823 bezogen. Dieses Rescript*) besagt aber gar nicht, was daraus gefolgert worden, spricht sich vielmehr dahin aus, daß bei Hypotheken-Forderungen die Sache nicht ohne Zweifel sey und

*) cfr. Rescript vom 19. August 1836, abgedruckt in der Jurist. Wochenschr. S. 667.; ferner Jurist. Wochenschrift 1835 S. 225.

Digitized by Google

empfiehlt nur dem Hypotheken-Richter zur Vermeidung von Prozessen und zur Beseitigung jeder Ungewißheit, die Eintragung der Cession so lange zu weigern, bis das Anerkenntniß des Schuldners beigebracht worden ist.

In der That ist auch der hierin angeregte Zweifel ein sehr begründeter.

Der Grund des Gesetzes, aus welchem im §. 385. a. a. O. richterlichen Personen die Erwerbung streitiger Rechte bedingt untersagt ist, kann nämlich nur darin gefunden werden, daß von dieser Erwerbung, diejenigen Personen ausgeschlossen seyn sollen, deren Einfluß und Rechtskenntnisse Gefährdung des Debitors zur Folge haben und diesen verhindern konnte, die ihm gegen den Anspruch zustehenden Einwendungen mit Erfolg geltend zu machen. Um dies zu verhindern, fordert daher das Gesetz, daß die Forderung von dem Verpflichteten zur Zeit der Cession anerkannt werde, woraus denn nach §. 412. 11. 1. A. L. R. die rechtliche Folge entsteht, daß der Schuldner nicht mehr befugt ist, dem Cessionar Einwendungen und Gegenforderungen entgegen zu setzen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint.

Dasselbe Resultat ergibt sich aber, wenn schon von vorne weg, sich als rechtlich undenkbar darstellt, daß Einwendungen gemacht werden können, und dies ist offenbar bei hypothekarisch eingetragenen Forderungen der Fall.

Denn nach §. 423. und 424. Tit. 20. Thl. 1. kann der Schuldner gegen den dritten Inhaber eingetragener Forderungen Einwendungen nur in so fern geltend machen,

Digitized by Google

als er die Einwendungen in dem Hypothekenbuche hat vermerken lassen und nach §. 522. und 523. a. a. O. kann der Schuldner, welcher unterlassen hat, die Löschung der getilgten Post im Hypothekenbuche zu beantragen, oder in Entstehung des Löschungs-Consenses den Widerspruch gegen die Verfügung des Gläubigers im Hypothekenbuche vermerken zu lassen, die Verhandlungen eines Dritten, worin derselbe mit dem eingetragenen Gläubiger redlicher Weise auf den Glauben des Hypothekenbuchs sich eingelassen hat, zum Nachtheile dieses Dritten nicht anfechten. Bei hypothekarisch eingetragenen Forderungen hat mithin der unterbliebene Vermerk der Einwendungen, welche der Schuldner gegen den Anspruch zu haben behauptet, so wie die unterbliebene Löschung oder der unterbliebene Vermerk des Widerspruchs gegen anderweitige Verfügung des Gläubigers, in Beziehung auf jeden Dritten dieselben rechtlichen Wirkungen, als das ausdrückliche Anerkenntniß des Schuldners. Der Schuldner *kann*, den guten Glauben vorausgesetzt, rechtliche Einwendungen gegen die Forderung nicht machen; die Forderung ist sonach in Beziehung auf jeden Dritten eine unstreitige. Der Grund des Gesetzes in den §§. 385. 386. und 387. trifft sonach bei eingetragenen Forderungen nicht zu, vielmehr kann eine solche Forderung von jedem Dritten als eine unbestrittene betrachtet und folglich auch von richterlichen Personen gültiger Weise erworben werden.

Hiernach beruht die Entscheidung des Appellations-Richters auf einem unrichtigen Rechtsgrundsatze, die Entscheidung muß daher eben sowohl deshalb, als weil durch

Digitized by Google

solche eine wesentliche Prozeß-Vorschrift verletzt worden, nach §. 17. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 vernichtet und hinsichts der Kosten des Appellations-Urtels und des Nichtigkeits-Verfahrens das rechtliche festgesetzt werden. In der Hauptsache kann aber nach diesen Voraussetzungen die Bestätigung des ersten Erkenntnisses nicht zweifelhaft seyn. An sich ist zwar nicht bedenklich, daß den Appellanten als Mitgläubiger der Einwand, daß die liquidirte Forderung getilgt worden, zusteht, wenn auch die Forderung in erster Instanz durch den Vormund der Beneficial-Erben anerkannt worden ist. Allein gegen den Liquidanten konnte dieser Einwand nach §. 522. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. nur in so fern geltend gemacht werden, als zugleich dargethan wäre, daß Liquidant von der erfolgten vergleichsweisen Tilgung der Forderung Kenntniß gehabt. Dies haben aber die Appellanten nicht einmal behauptet, geschweige dargethan.

Es hat daher in der Hauptsache und der Kosten wegen nach §. 6. Tit. 23. der Allg. Gerichts-Ordnung in geschehener Art erkannt werden müssen.

Die Wichtigkeit dieser Entscheidungen ist einleuchtend. Was die 2te oben in der Rubrik ausgehobene betrifft, so ist sie scharfsinnig genug aus dem argumentum a potiori des §. 5. N. 1. der Verordnung vom 14. Dez. 1833 abgeleitet, und bekundet ein zunehmendes Hinneigen des höchsten Gerichtshofes zur Verhandlungs-Maxime. Bleibt der Gerichtshof bei dieser seiner Ansicht, so wer-

Digitized by Google

den die Gerichte sich auch wohl von selbst bescheiden, welch' große Modification die §§. 7. A. G. O. I. 6. §. 12. I. 5. leiden müssen, indem es widersprechend seyn würde, wenn der Richter schon eine Klage aus Rechts-Gründen per decretum zurückweisen dürfte, die der erkennende Richter, wenn sie vom andern Theile nicht vorgebracht, nicht einmal seiner Entscheidung zum Grunde legen dürfte. Höchst wahrscheinlich wird aber die Ansicht des Geheimen Ober-Tribunals bei solchen Rechts-Einwendungen, gegen welche eine auf Thatsachen beruhende Replik gar nicht möglich ist, großen Widerspruch finden. Wie sehr sich z. B. die Einrede der Verjährung, gegen welche immer noch faktische Einwendungen möglich, von der sofort erkennbaren Nichtigkeit eines Rechts-Geschäfts, z. B. einer Cession an eine richterliche Person unterscheide, scheint auf flacher Hand zu liegen. Wenn die Gerichte auf den Grund der Verjährung Klagen per decretum oder per sententiam zurückweisen, ohne daß eine solche Einrede vorgebracht, so leuchtet die Verkennung ihres Standpunkts von selbst ein, wogegen eine Beschränkung des richterlichen Amts bei bloßen Rechts-Einreden zu Consequenzen führen wird, welche nie anerkannt werden können. Es wird also noch einer größeren Durchdringung dieser auch gemeinrechtlich nicht unbestrittenen Lehre bedürfen.

Auch die 4te Entscheidung wird verschiedenartigen Anklang in der praxis finden. Aus dem hier angenommenen Grunde des Gesetzes, daß nämlich die Sicherung

Digitized by Google

der Einreden gegen den Cessionar beabsichtigt worden, würde folgen, daß immer dann die Nichtigkeit der Cession nicht anzunehmen, wenn solche Einreden nicht vorhanden, also auch durch die Cession nicht gefährdet sind. Dies geht nun natürlich nicht. Es scheint mehr die Sorge für die Integrität und das Dekorum der Gerichte, als jene Rücksicht vorgewaltet zu haben.

Digitized by Google

LI.

Welche Gesetzgebung entscheidet über Mobiliar-Fideicommisse, insbesondere über deren Aufhebung?

Von

Sommer.

Auch Recension der Schrift:

Rechtsgutachten über die Succession in das von dem Freiherrn Franz Ernst Hyazinth von Heeremann zu Zuydtwick gestiftete Familien-Fideicommiß nach dem im Jahr 1813 erfolgten Tode des Freiherrn Theodor Joseph Ludwig Vinzenz zu Zuydtwyck, des Sohnes des Stifters des Fideicommisses, auf welchen das Fideicommiß zu Folge der Stiftung übergegangen war. Von Dr. K. S. Zachariä, öffentlichem ord. Rechtslehrer auf der Universität Heidelberg. Heidelberg, bei C. B. Mohr, Universitäts-Buchhändler. 1836. gr. 8. S. 108.

Die Consilia der deutschen Fakultäten und einzelner Lehrer von Ruf sind ein eigenthümlicher Zweig unserer Literatur. Ob hier gleich der Strom des Rechts nicht

Digitized by Google

immer ganz ungetrübt fließt, so sind sie doch für die Wissenschaft nicht zu verachten. Nach dem hier vorliegenden Gutachten eines unsrer ausgezeichnetsten Rechtsgelehrten, der in den Fragen eines einzelnen Prozesses nicht minder als in den höchsten Fragen der Staatsweisheit zu Hause ist, taucht eine neue Controverse für das deutsche Privatrecht auf. Da nämlich in neuerer Zeit durch die französische und die diesen nachgebildeten Gesetzgebungen in mehreren Ländern die Fideicommisse ganz oder zum Vortheil des ersten Anwärters aufgehoben sind, und sich sowohl häufig frühere Fideicommisse als auch deren jetzige Aufhebung zugleich auf fideicommittirte Mobilien bezieht, so ist jetzt die Frage entstanden, wie es zu halten, wenn der Fiduziar unter einer anderen Gesetzgebung, als unter der das Fideicommiß errichtet oder mit dem Tode des Stifters ins Leben getreten, sein Domizil hat, welche Gesetzgebung hier nämlich entscheiden solle. Frhr. v. Zuydtwick hatte ein von seinem Vater, der in Cöln gestorben, in Holland gestiftetes vorzüglich aus Kapitalien bestehendes Fideicommiß ererbt, 1792 Cöln verlassen, war von da nach Münster, und später nach Wahn ins Großherzogthum Berg gezogen, und dort 1813 gestorben, und seine zum Fideicommiß nicht berufenen Töchter besitzen das fideicommittirte Vermögen, gegen welche nun der Agnat geklagt, und das vorliegende Rechtsgutachten extrahirt hat. Das Landgericht zu Cöln hat den Agnaten abgewiesen, und zwar:

„In Erwägung, daß Franz Ernst Hyazinth von Heeremann zu Zuydtwick in seinen Ehepakten“

Digitized by Google

9. Septbr. 1755 ein Familien-Fideicommiß errichtete und verfügte, daß nach Abzug der legitima für jedes seiner Kinder seine sämmtlichen Güter, beweg- und unbewegliche, nomina et actiones, zum Fideicommisse gehören sollten, daß diese zur Stiftung gehörigen Güter sonach ein unzertrennliches Ganze, eine universitas juris, bilden, daß zwar der Kläger behauptet, eine wesentliche Eigenschaft eines Universal-Fideicommisses sey der Uebergang der Verbindlichkeiten auf den Erben, daß aber bei der Succession aus deutschen universellen, das heißt, ein ganzes Vermögen betreffenden Erbverträgen, eben so wie bei der testamentarischen und Intestat-Erbfolge, die Schulden ipso jure auf den Erben übergehen;

„in Erwägung, daß ein Universal-Fideicommiß, als universitas juris, nach den Gesetzen des Wohnorts des Stifters zu beurtheilen ist, was in der Natur einer solchen Stiftung liegt, deren Einheit sonst verloren gehen würde, daß es auch mit vielen Inconsequenzen verbunden wäre, wenn man die verschiedenartigen Erbfolgerechte der einzelnen Länder, wo die zur Erbschaft gehörigen Sachen liegen, zur Anwendung bringen wollte, daß dieses gewiß auch der Absicht des Stifters zuwider seyn würde, wonach das ganze Vermögen zur Aufrechthaltung des Familienglanzes bis zum Aussterben der Familie zusammen bleiben sollte, daß auch kein Gesetz vorhanden ist, welches, wie unser bürgerliches Gesetzbuch die Anwendung des fremden Rechts auf die im Inlande gelegenen Immobilien verbiethet;

Digitized by Google

„in Erwägung, daß der Stifter unbestritten zu Cöln gewohnt hat, daß mithin das Gesetz vom 15. Nov. 1782 publicirt in den Rhein-Departements am 6. Mai 1798, welches alle bestehenden Fideicommisse zu Gunsten derjenigen, denen sie schon angefallen waren, aufhebt, das von Franz Ernst von Heeremann zu Zuydtwick errichtete Fideicommiß getroffen und in seinem ganzen Umfange aufgehoben hat.“

Gegen dieses Erkenntniß behauptet nun Zachariä (S. 70 ff.), daß ein Familien-Fideicommiß, das nicht in Grundstücken besteht, so oft der Besitzer des Fideicommisses seinen Wohnsitz in ein anderes Land verlegt, der Herrschaft einer neuen Gesetzgebung unterworfen werde, und zwar (S. 68.), weil ein solches Fideicommiß, sobald es von den Fideicommißerben angetreten worden, nicht mehr den Stifter, sondern den Erben des Stifters repräsentire, und mithin unter die Herrschaft derjenigen Gesetze trete, welchen dieser unterworfen ist. Der Fideicommißerbe trägt also, wie die alten deutschen Kaiser ihre Krone, sein Fideicommiß immer mit sich herum, kann es unter beliebige Gesetzgebungen bringen. Der Verf. erschrickt inzwischen selbst (S. 71.) vor der Consequenz, daß der Besitzer durch Auswanderung in ein Land, wo die Fideicommisse aufgehoben sind, sein Fideicommiß in freies Eigenthum verwandeln könne. Er gestattet darum den Anwärtern, sich der Auswanderung des Fideicommißbesitzers so lange zu widersetzen, bis dieser ihnen wegen der Aufrechthaltung des Fideicommisses Sicherheit gestellt hätte. Selbstredend ist dies sehr ungnügend, da ein solches Auswanderungs-Verbot schwer zu begründen, jedenfalls

Digitized by Google

auch ohne Vorwissen der vielleicht selbst im Auslande wohnenden Agnaten die Auswanderung geschehen kann.

Von einer universitas juris kann man hier allerdings nicht reden. Das Fideicommiß ist eine abgestorbene Universitas, es ist fixirt in den Gegenständen, die zur Zeit des Todes des Stifters vorhanden waren, und wird nun als singulärer Sachen-Inbegriff weiter verfällt. Darum kann denn auch, womit auch Zachariä einverstanden, rücksichtlich der Immobilien nur die Gesetzgebung der betreffenden Lande, wo sie liegen, entscheiden. Von der Gesetzgebung eines Fideicommisses als solchen kann überall keine Rede seyn, da seine Gegenstände nur als einzelne Sachen erscheinen, die Sachen repräsentiren weder den Stifter, noch den Fiduciar, zu dessen universitas (patrimonium) nur das Recht auf die Benutzung gehört. Keine von den Gesetzgebungen des Stifters oder Fiduciars kann als solche entscheiden. Wohl aber hat die französische Gesetzgebung ihre Bürger von der Pflicht, ein Fideicommiß zu restituiren, entbunden, und so weit diese Gesetzgebung reicht, findet also auch eine Klage gegen den Allodial-Erben des Fiduciars nicht statt, und eben so wenig gegen die Schuldner der Fideicommiß-Kapitalien. Nichts wird aber z. B. die Fideicommiß-Erben hindern, ihre dinglichen Rechte auf im Auslande gelegene Kapitalien gegen deren dortige Schuldner zu verfolgen, weil dort kein Gesetz ihre Rechte aufgehoben hat. Und eben so wenig wird, wenn der Fiduciar die Fideicommiß-Aufhebung unter der französischen Gesetzgebung nicht als deren Unterthan erlebt hat, derselbe und seine Allodial-Erben sich darum auf diese Gesetzgebung

Digitized by Google

berufen können, weil der Stifter dort gestorben, oder es dort errichtet hat. Die Fideicommisse werden nicht errichtet, um aufgehoben zu werden, werden also auch nicht im Voraus einer sie aufhebenden Gesetzgebung untergeben, sondern es ist nur ein unerwarteter Zufall, der sie aufhebt, der nur so weit wirkt, als die aufhebende Gesetzgebung die unter ihr gelegenen Immobilien trifft, oder den unter ihr wohnenden Fiduciar und dessen Allodial-Erben gegen Restitutions-Klagen schützt, und eben so die unter ihr wohnenden Fideicommiß-Schuldner an die Allodial-Erben sicher zahlen läßt und zu zahlen zwingt. Hiemit ist also auch die Meinung Zachariä's angefochten, welche die Anwendung der holländischen Gesetze, als der Gesetzgebung der Fideicommiß-Errichtung, eventuell in Aussicht gibt. (S. 52, 63—66.) — Uebrigens wollen wir unsere Meinung noch nicht als eine abgeschlossene darstellen; die Frage ist wegen der vielen Wechselfälle, die sie bietet, viel zu schwierig, um gleich entschieden zu werden. Wie soll es z. B. mit einem Mobilar-Fideicommiß gehen, wenn aus einem den Fideicommissen günstigen Lande Jemand in die Lande des linken Rheinufers wandert, oder wenn dort die zu belangenden Schuldner des Fideicommisses wohnen?

Viele andere faktische und rechtliche Fragen des Rechtsgutachtens können hier nicht erörtert werden.

Digitized by Google

LII.

Ueber die Verpflichtung des Erbverpachters zur fortwährenden Entrichtung der nach dem Fuße der Grundsteuer umgelegten Communal-Lasten.

Rechtsfall, eingeleitet
von
Sommer:
(Neues Archiv Jahrg. III. S. 67 ff.)

Wir haben in der bezogenen Stelle des Archivs eine, obige Verpflichtung verneinende, Entscheidung des Geheimen Ober-Tribunals mitgetheilt. Es folgt hier eine Entscheidung aus dem Jahre 1832, worin durch Bestätigung eines Erkenntnisses des Ober-Landesgerichts zu Hamm das Gegentheil — in derselben Gemeinde Sterkrade — anerkannt ist. Das Erkenntniß enthält anziehende Ausführungen über die frühere Clevesche Steuer-Verfassung. — Was das Argument, daß den Real-Berechtigten nach dem Gesetze vom 21. April 1825 die Beischlags-Centimen nicht treffen, angeht, so ergibt sich aus den das Gesetz vom 25. Sept. 1820, welches §. 21. schon dieselbe Bestimmung enthält, vorbereitenden Verhandlungen des Staats-Ministeriums und des Staatsraths, daß nicht entfernteſt daran gedacht worden, hiedurch ältere, schon

Digitized by Google

vor der fremden Gesetzgebung bestandene Rechte des Besitzers auf Uebernehmung auch der Zusatz-Steuern aufzuheben. Es ist diese Bestimmung, wie auch schon aus der Vergleichung mit §. 29. hervorgeht, nur eine Modification des aus der französischen Grundsteuer-Verfassung hervorgegangenen Fünftel-Abzuges. In das Gesetz vom 21. April 1825 ist diese gedachte Bestimmung nun ohne besondere Prüfung übergegangen, merkwürdig ist es aber doch, daß hier grade der Zusatz des §. 31. des Gesetzes vom 25. Sept. 1820 „noch auf eine andere Abgabe oder Last, die nach dem Fuße der Grundsteuer geleistet wird," weggeblieben ist, es also schon darum nicht begründet seyn kann, wenn dieser Zusatz nun dennoch als durch die wieder aufgenommene Bestimmung über die Steuer-Beischläge beabsichtigt angesehen werden soll. — Ferner ergibt sich aus einer Vergleichung der Gesetze vom 25. Sept. 1820 und 21. April 1825, daß die Frage, ob der Bauer schon früher Eigenthümer war, oder es jetzt erst, oder auch jetzt noch nicht einmal — wie z. B. nach dem Gesetze vom 25. Sept. 1820 §. 16. bei noch bestehenden Natural-Lasten, oder nach dem I. Gesetze vom 21. April 1825 §. 17 im Königreich Westphalen — geworden, auf die Frage über den Steuer-Beitrag gar keinen Einfluß hat. Es ist daher auch unsres Ermessens irrig, wenn man bei der durch die neuen Gesetze bewirkten Transformation der Erbpacht in Eigenthum die speciellen — selbstredend die Höhe des Erbpachtzinses bedingenden — Vertrags-Verhältnisse über die Lasten als aufgehoben betrachten wo-

Digitized by Google

In der Prozeßsache des Schulzen Theodor Westhoff zu Sterkrad, Klägers wider den Königl. Domainenfiskus modo die Königl. Regierung zu Düsseldorf, vertreten durch ihren Bevollmächtigten Herrn J. C. Wenniger, Verklagten,

erkennt das Königl. Land- und Stadtgericht zu Duisburg den verhandelten Akten gemäß für Recht:

daß Kläger mit seinem Klage-Antrage auf Verurtheilung des Fiskus, ihn bei seiner Steuer-Immunität gegen die Gewaltthätigkeit von Seiten der Communal-Steuerbehörde zu schützen und ihn sowohl pro praeterito ac futuro zu entschädigen, unter Zurlastlegung der Kosten dieses Verfahrens, wie hiermit geschieht, lediglich abzuweisen ist.

Von Rechts wegen.

Entscheidungs-Gründe.

Kläger bringt zum Beweise seines Anspruches an den Verklagten, Königl. Domainen-Fiskus, einen mit der Königl. Krieges- und Domainen-Kammer im Jahre 1765 geschlossenen Erbpachtsbrief bei, und behauptet auf den Grund desselben, wie er als Erbpächter vertragsmäßig nur zur Abführung der darin vermerkten auf dem Hofe, Gärten und Ländereien ruhenden ordinairen Abgaben und Contributiones extra territorium, so jährlich 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. betrügen, verpflichtet worden, ihm hinsichtlich aller andern Steuern, so vom Fisko getragen werden mußten, eine Immunität zugesichert worden sey.

Seit dem Zeitpunkte des geschlossenen Contrakts bis

Digitized by Google

zum Jahre 1826 habe Fiskus qua Erbverpächter alle auf das Erbpachts-Gut ausgeschlagenen ordinairen und extraordinairen Lasten und Abgaben, wie auch die erst in neuerer Zeit eingeführte und in Rede stehende Communal-Abgabe unweigerlich gehörigen Ortes abgeführt. Jetzt aber weigere Fiscus eine Verbindlichkeit zur Tragung jener Abgabe, und die Steuerbehörde habe ihn als Erbpächter durch Androhung exekutivischer Zwangsmittel zur Abführung der auf das ihm zum Erbpachtsrecht verliehene Gut ausgeschlagene Communal-Steuer vermocht. Da ihm nun nach Inhalt des ad acta übergebenen Erbpachtbriefes von 1765 die Steuer-Immunität mit Ausschluß der darin vermerkten jährlichen Abgänge und Contributiones extra territorium, ad 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. zugesichert und Fiskus seiner Verpflichtung zu der Communalsteuer, nicht nachgekommen sey, so richtet er sein petitum dahin, denselben zu verurtheilen, ihn, den Erbpächter, bei seiner durch den Contrakt zugesicherten Steuer-Immunität gegen die Gewaltthätigkeit von Seiten der Communal-Kasse zu schützen, und ihn pro praeterito et futuro zu entschädigen.

Der zur Wahrnehmung der Gerechtsame der Fiscal-Station immittelst aufgetretene J. C. Wennigés läugnet die Verbindlichkeit des fisci zur Uebernahme der Communal-Lasten gänzlich, indem er zum Beweise, daß Erbpachter dieselbe ohne Zuthun des Fiskus abzuführen verpflichtet sey, sich auf den §. 63. (65.) des Gesetzes vom 21. April 1825 betreffend die Regulirung der gutsherrlichen und häuerlichen Verhältnisse bezieht, wonach der verpflichtete Grundbesitzer sogar zur Zahlung der

Digitized by Google

s. g. Zusatz-Centimen zur Grundsteuer, deren Erstattung er sich vorbehalte, verpflichtet. Um so viel mehr liege es derselben ob, die blos nach dem Fuße der Grundsteuer ausgeschlagene, nicht aber mit derselben zugleich eingeführte Communalsteuer zu tragen. Ferner sey in dem angezogenen Erbpachts-Contract dem Erbpächter keineswegs eine Immunität hinsichtlich der übrigen Steuern und resp. der Communalsteuer zugesichert worden, und müsse derselbe zur Tragung der von seinem Hofe zu zahlenden Steuern, um so viel mehr verpflichtet seyn, als derselbe durch das Gesetz vom 21. April 1825 das volle Eigenthum an dem zum Erbpachtsrecht verliehenen Gute erhalten habe.

Klägerischer Sachwalter J. C. Schlegtendahl replizirt hiergegen, indem er sich auf den §. 4. des Erbpachs-Briefes beziehe, worin dem Erbpächter nur die Pflicht zur Abführung der darin verzeichneten 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. auferlegt, demselben also rücksichtlich der übrigen Steuern eine Immunität zugesichert worden sey. Ferner habe Fiskus bis jetzt immer unweigerlich die Grundsteuer abgeführt, die in Rede stehende Communalsteuer müsse aber als Grundsteuer betrachtet werden, indem sie nach dem Fuße der Grundsteuer ausgeschlagen und auf die Grundstücke repartirt worden sey und also auch von der zur Grundsteuer verpflichteten fiscalischen Station getragen werden müsse.

Dem richterlichen Urtheile sind hiernach folgende Fragen zur Entscheidung anheim gestellt, von deren Beantwortung die Entscheidung der Hauptsache lediglich abhängt.

Digitized by Google

I. Geht daraus, daß im §. 4. des Erbpachts-Briefes, dem Erbpächter die Pflicht zur Tragung der darin vermerkten Contributiones extra territorium auferlegt worden, eine Immunität hinsichtlich der übrigen Steuern zu Gunsten des Erbpächters hervor, oder ist eine solche nicht anzunehmen?

II. Ist die Communalsteuer Grundsteuer oder eine rein persönliche, oder eine aus beiden gemischte Steuer?

III. Folgt daraus, daß Fiskus qua Erbverpächter bisher immer unweigerlich die Grundsteuer des Erbpachts-Guts getragen hat, auch die Pflicht desselben zur Uebernahme und resp. Abführung der Communal-Lasten?

Zur Erledigung der sub I. gestellten Frage kann die Entscheidung derselben nur negative dahin ausfallen, daß der Erbpachts-Brief von 1765 eine Immunität hinsichtlich der übrigen Steuern zu Gunsten des Erbpächters keinesweges ausspricht noch zusichert; einer Steuer-Immunität wird mit keiner Sylbe Erwähnung gethan. Wenn gleich der §. 4. des angezogenen Contractes die specielle Bestimmung enthält, daß Erbpächter zur Abführung der jährlichen Abgänge und Contributiones extra territorium, so jährlich 3 Thlr. 22 Sgr. 9 Pf. betragen, verpflichtet seyn solle, so kann nichts desto weniger eine Befreiung hinsichtlich der übrigen Steuern daraus hergeleitet werden. Zur Zeit des Abschlusses des oben genannten Contractes kannte man weder eine Grundsteuer noch eine Communalsteuer in der jetzigen Art, sondern dies sind Institute, die erst in der neuern Zeit eingeführt sind, und konnte demnächst der Erbpacht-Contract hierüber keine Bestimmung enthalten. Wahr-

Digitized by Google

scheinlich ist es, und fast mit Gewißheit kann man es behaupten, daß jene oben erwähnten und den Erbpächtern auferlegten Contributiones extra territorium ad 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. die einzige ständige Steuer war, die man in jener Zeit kannte. Nun steht es aber fest, daß der Erbpächter nach §. 199. des A. L. R. Thl. I. Tit. 21. dieselben Rechte und Verbindlichkeiten hat, wie der Nießbraucher und Letzterer nach §. 87. l. c. alle gewöhn- und außergewöhnlichen Lasten und Abgaben von der Sache tragen muß. Der Erbpachts-Brief enthält jedoch wegen dieser gewöhnlichen und außergewöhnlichen Lasten keine abändernde Bestimmung und mußte deshalb die Bestimmung des A. L. R. §. 149 l. c. in casu zur Anwendung kommen, wonach eine Steuer-Immunität hinsichtlich der übrigen Steuern zu Gunsten des Erbpächters nicht anzunehmen ist.

Wenn nun 2tens Erbpächter die Verbindlichkeit des Fiskus zur Tragung der Communalsteuer daraus deduziren will, daß Letzterer bisher immer unweigerlich die Grundsteuer von dem Erbpachtsgute getragen habe, die Communalsteuer nichts anderes als eine Grundsteuer sey, und Fiskus demnächst dieselbe abtragen müsse, so ist dieses Corollarium unrichtig und wird durch folgende Gründe widerlegt:

Die Communalsteuer ist weder eine reine Grundsteuer, noch eine persönliche Steuer, sondern eine Steuer von eigener Art, die sich weder unter die eine noch unter die andere Gattung subsumiren läßt.

Sie dient hauptsächlich dazu, um Schulden und Lasten und andere Bedürfnisse der Commune zu bestreiten,

Digitized by Google

und sind demnächst alle Einwohner der Commune derselben unterworfen. Sie steigt und fällt, je nachdem die Bedürfnisse der Commune groß oder gering sind, daher es sich auch erklären läßt, daß viele Communen gar keine Communalsteuer tragen. Früher, wo man diese Steuer noch nicht kannte, wurde durch den Hundert- und Hebezettel dasselbe erreicht, wie durch die Communalsteuer, und später bediente man sich der sogenannten Zusatz-Centimen zur Grundsteuer. Grundbesitz an und für sich allein ist nicht das Criterium der Verpflichtung, die in Rede stehende Steuer zu tragen. Die Communalsteuer ist eine Umlage, wobei man theils die Grundsteuer, theils die Gewerbesteuer, theils die Klassen- oder Kopfsteuer zum modus repartitionis gelegt hat. Ein durchgreifendes Regulativ, welcher Maaßstab als feststehend beim jährlichen Ausschlag der Communalsteuer zu Grunde gelegt werden soll, ist bis jetzt noch nicht erschienen. In einigen Communen wird zum Ausschlage der Communalsteuer, je nachdem die Bedürfnisse der Communen groß oder klein sind, bald die ganze Grund-, Gewerbe- und Classensteuer zusammengerechnet, als Maaßstab angenommen, und hiernach die Communalsteuer als aliquoter Theil berechnet; in anoern Communen wird wiederum ein anderes Verhältniß beobachtet.

Es ist demnächst einleuchtend, daß die Communalsteuer, wenn gleich der modus repartitionis derselben zum Theile von der Grundsteuer hergenommen wird, keinesweges eine reine Grundsteuer ist, da auch die Gewerbe- und Classensteuer bei derselben zum Grunde gelegt wird und gelegt werden muß, indem diejenigen, die

Digitized by Google

keinen Grundbesitz haben, dennoch zur Communalsteuer veranschlagt und herangezogen werden, und hiebei die Classen- oder Gewerbesteuer einen Maaßstab abgeben und entscheiden muß.

Es mußte hiernach die Frage sub 2. dahin entschieden werden, daß die Communalsteuer keine Grundsteuer sey, mithin kann Kläger aus diesem Fundament keineswegs die Verpflichtung der fiscalischen Station zur Tragung der Communal-Lasten deduziren.

Die Entscheidung der Frage sub 3. steht und fällt mit der sub Nr. 2.

Es hat demnach nicht anders, wie geschehen, arbitrirt werden können, und rechtfertigt sich der Punkt wegen der Kosten nach P. O. Thl. I. Tit. 23. §. 1.

Duisburg, den 10. Sept. 1828.

Königl. Land- und Stadtgericht.

In Sachen des Landwirths Theodor Schulze Westhoff zu Sterkrade, Klägers und Appellanten, wider den Königl. Domainen-Fiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu Düsseldorf, Verklagten und Appellanten erkennt das Königl. Ober-Landesgericht zu Hamm für Recht:

daß nicht, wie geschehen, Kläger mit seiner Klage abzuweisen, vielmehr unter Compensation der Kosten beider Instanzen, wovon jedoch die gerichtlichen auf den Antheil des Fiskus fallenden Kosten niederzuschlagen, der verklagte Fiskus für schuldig, die nach dem Fuße der Grundsteuer zu entrichtende Communalsteuer von dem Schulze Westhoff's Gute

Digitized by Google

auch fernerhin zu tragen und dem Besitzer dieserhalb gegen die Anforderungen der Commune zu vertreten, auch dem Kläger die seit 1826 schon gezahlten derartigen Communalsteuern zu erstatten verbunden und dahin überhaupt das Erkenntniß des Königl. Land- und Stadtgerichts zu Duisburg de publ, den 24. October 1828 wie hiermit geschieht, abzuändern.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Um zuvörderst den eigentlichen Streitpunkt festzustellen, so ist hier nicht sowohl, wie Kläger und mit ihm judex a quo sich ausdrückt, von einer Steuer-Immunität, sondern davon die Rede, wer von beiden streitenden Theilen, ob der Erbverpächter oder der Erbpächter von einem an sich steuerpflichtigen Grundstücke eine gewisse Steuer zu entrichten habe. Das Recht nun zu verlangen, daß Fiskus diese Steuer trage, sucht der Kläger

einmal aus seinem Erbpacht-Contracte,

dann auch daraus herzuleiten, daß es beständig so gehalten worden sey, oder aus einer von ihm sogenannten Verjährung.

Der Erbpacht-Contract, als der erste Klagegrund, erwähnt freilich nirgends der Communal-Lasten, und bestimmt buchstäblich nicht, welche öffentliche Lasten der Erbverpächter, welche der Erbpächter übernehmen müsse. Es findet sich nur im Eingange und im §. 3. die Bestimmung, der Erbpächter habe die von dem Gute zu entrichtenden

Digitized by Google

„ordinairen Abgänge und Contributiones extra territorium, so jährlich 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. betragen,"

abzuführen, womit gewisse Naturalprästanda an den Pfarrer und Küster gemeint seyn sollen.

Inzwischen ist nach den Worten nicht zu bezweifeln, daß die Contrahenten an dieser Stelle des Contracts sich darüber auszusprechen beabsichtigt haben, wer von ihnen fortan, die auf dem Gute lastenden Grundabgaben tragen solle. Indem nun von diesen eine einzelne Gattung, eine fixe Abgabe von 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. hervorgehoben, und an zwei Stellen des Contracts festgesetzt wird, daß diese Abgabe den Erbpächter treffen solle, so bleibt der Auslegung nur die Wahl, entweder diese Stellen des Contracts für müssige Widerholungen einer sich von selbst verstehenden Verpflichtung zu erklären, oder auf dieselben das argumentum a contrario anzuwenden. Die letztere Alternative ist unbedenklich die richtigere. Ihr steht schon die Rechtsregel zur Seite, daß bei der Auslegung eines Rechtsgeschäfts im Zweifel kein Wort als überflüssig zu behandeln ist. (Thibaut Pfand. syst. §. 53. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §. 74.)

In dem vorliegenden besondern Falle wäre es vollends unerklärlich, wie man dazu gekommen wäre, die Verpflichtung des Erbpächters zur Tragung einer unbeträchtlichen fixen Abgabe von 3 Thlr. 22 Sbr. 9 Pf. im Erbpacht-Contracte auszusprechen, die weit beträchtlicheren unfixirten Abgaben, namentlich die Schatzungen oder Contributionen, welche anerkannter Maaßen schon zur Zeit der Vererbpachtung mehr als 90 Thlr. in Einem Jahre

Digitized by Google

betragen haben, mit Stillschweigen zu übergehen, wenn gleichwohl auch diese Abgaben der Erbpächter übernehmen sollte. Man kann daher nicht umhin, anzunehmen, daß es bei Abfassung des Contracts für genügend gehalten worden, wenn ausgesprochen werde, welche Abgaben der Erbpächter künftig zu tragen habe, indem sich dann von selbst ergebe, welche dem Erbverpächter zur Last bleiben; mit anderen Worten, daß die contrahirenden Theile, indem sie festsetzten, welche Lasten der Erbpächter übernehme, dessen Verpflichtung zugleich hierauf zu beschränken beabsichtigten.

Müssen also vertragsmäßig alle etwa sonst noch auf dem Schulze Westhoff's Hofe haftenden Grundabgaben, mit Ausnahme jener ordinairen Abgänge und Contributiones extra territorium von dem Erbverpächter getragen werden, so kommt es nur noch darauf an, ob

a) diejenige Communalsteuer, um welche hier gestritten wir, als eine auf Grund und Boden haftende Abgabe anzusehen sey?

und

b) ob, wenn dies zu bejahen, eine Bestimmung des Erbpacht-Contracts vom 10. November 1765 auf die heutige Communalsteuer angewendet werden dürfe?

Für die verneinende Beantwortung der Frage ad a. wird angeführt, daß die heutige Communalsteuer, wenn sie gleich nach dem Fuße der Grundsteuer ausgeschlagen werden möge, dennoch nur eine persönliche Last sey, welche den Mitgliedern der Commune als solchen obliege,

Digitized by Google

mit ihrem Grund-Eigenthume aber in keiner weitern Beziehung stehe. Allein der Repartitionsfuß ist hier allerdings für die Natur der Abgabe entscheidend. Er allein ist es, der unter den, dem Staate zu entrichtenden Steuern eine zur Grundsteuer macht, und wie Niemand Bedenken findet, diese für eine Reallast anzuerkennen, so und aus gleichem Grunde muß auch eine nach dem Grundsteuerfuße umgelegte Communalsteuer dafür angesehen werden, da es für die dingliche oder persönliche Natur der Leistung selbstredend unerheblich ist, daß dieselbe hier von der Gemeinde, dort von dem Staate, hier zu Communal-Zwecken, dort zu Staats-Zwecken, erhoben wird. Communalsteuern wie Staatssteuern werden gezahlt, weil und insofern Jemand an den Vortheilen des Communal-Verbandes, beziehungsweise des Staats-Verbandes, Theil nimmt; ihr Ertrag ist bestimmt, die Aufwendungen zu decken, welche von dem Schutze, den die eine und die andere Verbindung gewährt, unzertrennlich sind. Der Ausländer, der nur als forensis, insofern er innerhalb der Landesgränzen mit Grundstücken angesessen ist, der Vortheile des Staatsschutzes genießt, trägt nur von wegen seines Grundbesitzes zu derjenigen Steuer bei, welche nach dem Grundbesitze umgelegt wird, in gleicher Art wird bekanntlich da, wo es eine nach der Grundsteuer aufzubringende Communalsteuer gibt, derjenige, welcher zu einer Commune in keiner weitern Beziehung steht, als daß er innerhalb der geographischen Gränzen derselben ein Grundstück besitzt und der für seine Person in einer andern Commune steuert, dennoch auch in jener Commune von wegen seines Grund-Eigenthums

Digitized by Google

zur Communalsteuer insofern herangezogen, als solche nach der Grundsteuer aufgebracht wird. Eben so trägt in solchen Communen der Staat selbst, der für seine Person selbstredend keiner Commune angehören kann, dennoch von den Domainen, ingleichen von öffentlichen Gebäuden, so wie zur Grundsteuer, so auch zur Communalsteuer insofern bei, als bei dieser die Grundsteuer zum Maaßstabe dient. Nur um eine solche Communalsteuer wird aber hier gestritten. Ausdrücklich bevorwortet der Kläger, daß er die nach der Classensteuer oder nach der Gewerbesteuer ausgeschlagene Communalsteuer stets unweigerlich bezahlt habe, welchem Fiskus nicht zu widersprechen vermocht habe.

Was die ad b. aufgeworfene Frage angeht, so braucht nur in die Geschichte der früher im Clevischen bestandenen Steuerverfassung zurückgegangen zu werden, um auch dieses Bedenken zu beseitigen.

Das platte Land im Clevischen war um das Jahr 1765 der sogenannten Contribution oder Schatzung, einer auf das Grund-Eigenthum gelegten öffentlichen Abgabe, mithin einer Grundsteuer unterworfen. Die Repartition des jährlichen Bedarfes geschah auf den sogenannten Erbentagen von den ständefähigen Grundbesitzern oder Geerbten, und die dabei zum Grunde gelegte Heberolle wurde der Hundertzettel genannt. Das aufzubringende Totalquantum aber begriff nicht blos das eigentliche Steuer-Contingent des betreffenden Jahres, welches zur Casse der Königl. Krieges- und Domainen-Kammer floß, sondern auch den zur Bestreitung der Communal-Lasten erforderlichen Bedarf unter sich. Die Richtigkeit dieses

Digitized by Google

Umstandes, der hier entscheidend ist, bestätigt ausdrücklich, das zu den Akten gebrachte, von dem Fiscus anerkannte amtliche Zeugniß des vormaligen Kreis-Einnehmers Noot d. d. Essen, den 22. Febr. 1828, welcher bezeugt, daß alle Communal-Bedürfnisse Gegenstand des jährlichen Steuer-Ausschlages gewesen und Beischläge genannt worden seyn. In der Recapitulation der Ausgaben seyen dieselben mit dem Königlichen Contingent zusammengetragen, und sey am Schlusse darunter bemerkt worden, wie oft der Hundertzettel umgeschlagen werden müsse, um das erforderliche Quantum aufzubringen.

Wurden aber, wie hieraus erhellet, schon im Jahre 1765 die Communal-Bedürfnisse durch jährliche Umlagen nach dem Fuße der damaligen Grundsteuer, und mit derselben aufgebracht, so ist der in Rede stehende Theil der heutigen Communalsteuer jenen ältern Beischlägen ganz analog. Waren ferner, wie es geschichtliche Thatsache ist und ebenfalls von dem ꝛc. Noot attestirt wird, auch die Königlichen Domainen schatzungspflichtig, mithin auch den in der Schatzung steckenden Beischlägen unterworfen, so kann es auch kein Bedenken haben, die diesfälligen Bestimmungen des Erbpacht-Contracts von der damaligen auf die heutige Communalsteuer in so fern zu übertragen, als letztere gleich der erstern auf dem Grundbesitze lastet. Schon hiernach würde Kläger fundatam intentionem haben; um dies jedoch noch mehr außer Zweifel zu setzen, darf man nur den zweiten Klagegrund, die, von dem Kläger sogenannte, Verjährung zu Hülfe nehmen.

Von einer eigentlichen Verjährung kann hier zwar

Digitized by Google

nicht die Rede seyn. Diese müßte die Erfordernisse der erwerbenden Verjährung haben, vor Allem also auf Besitz gegründet seyn, und der Besitz eines affirmativen Rechts im Sinne des A. L. R., des Rechts nämlich, zu fordern, daß Fiskus die in Rede stehende Communalsteuer trage und den Kläger gegen etwaige Ansprüche dieser Art vertrete, wird nach §. 80. Thl. 1. Tit. 7. des A. L. R. nicht durch die Leistung allein, sondern nur durch die auf vorgängige Forderung erfolgte Leistung erworben. Von einer solchen Forderung des Erbpächters scheint aber hier nie etwas vorgekommen zu seyn. Inzwischen ist dennoch die langjährige Observanz als die beste Auslegerin der Contrakte immer von erheblichem Einflusse für die rechtliche Beurtheilung der Sache. Geständlich hat Fiskus seit 1765 bis 1826 ununterbrochen alle von dem Westhoff's Gute zu entrichtenden Abgaben, sowohl die Schatzungen, als die Zuschlagscentimen und die neuere Communalsteuer, nur nicht die in dem Contracte erwähnten 3 Thlr. 22 Stbr. 9 Pf. unweigerlich und ohne Zuthun des Erbpächters abgeführt, wiewohl namentlich die Schatzungen schon 1765 die bedeutende Höhe von 90 Thlr 25. Stbr. erreicht hatten und später sogar noch höher steigen. Er hat nie dieserhalb, so viel constirt, von dem Erbpächter einigen Ersatz gefordert, wohl aber hat Kläger, als ihm im Jahre 1814 eine extraordinaire Kriegssteuer abgedrungen worden war, vom Fiskus deren Erstattung verlangt und erhalten, nachdem ein, Seitens der Domaine über die Verpflichtung der Erbpächter zur Tragung solcher Lasten eingeholtes rechtliches Gutachten zu Gunsten der letztern ausgefallen

Digitized by Google

war. Unter solchen Umständen muß um so mehr in der, 60 Jahre hindurch freiwillig geleisteten Zahlung so bedeutender, jährlich wiederkehrender Ausgaben zwar keine Verjährung, aber doch ein Anerkenntniß einer zum Grunde liegenden rechtlichen Verbindlichkeit gefunden werden, wodurch jeder Zweifel, den die contractlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht etwa noch übrig lassen möchten, jedenfalls gehoben wird.

Mit einigem Scheine beruft sich Fiskus hiergegen auf das Gesetz vom 21. April 1825, nach welchem Kläger jetzt voller Eigenthümer geworden sey, und insbesondere auf dessen §. 65. Allein eines Theils hat Kläger ausdrücklich erklärt, daß er Erbpächter bleiben, und nicht Eigenthümer seyn wolle, andern Theils kann ja selbst der bäuerliche volle Eigenthümer unter den Voraussetzungen der §§. 62. 63. des Gesetzes verlangen, daß der Rentberechtigte wenigstens die Grundsteuer allein trage. Die durch diese §§. begründete Verpflichtung zur Tragung der Grundsteuer soll allerdings nicht schon deshalb auch auf die Beischläge oder Zusatzcentimen ausgedehnt werden §. 65.; gewiß ist es aber nicht die Absicht des Gesetzes gewesen, den Rentberechtigten unter jeder Bedingung von der Verhaftung für die Zusatzcentimen frei zu sprechen, und selbst vertragsmäßig begründete Verbindlichkeiten dieser Art zu vernichten.

Hiernach rechtfertigt sich das petitum des Klägers und die Abänderung des ersten Erkenntnisses, wovon die Compensation der Kosten beider Instanzen nach §. 6. Tit. 23. der P. O. die nothwendige Folge war. Die Niederschlagung derjenigen Kosten, welche auf den Antheil

Digitized by Google

des Fiskus kommen, gründet sich auf dessen gesetzliche Sportelfreiheit Tit. 35. §. 26. folg. a. a. O.

Königliches Ober-Landesgericht.

In Revisions-Sachen des Fiskus vertreten durch die Königliche Regierung zu Düsseldorf, Beklagten und Revidenten wider den Landwirth Theodor Schulze-Westhoff zu Sterkrad, Klägers und Revisen

erkennt das Königliche Geheime Ober-Tribunal für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Revision beobachtet, und in der Hauptsache das vorige Urtel vom 2. April 1830 zu bestätigen, Fiskus auch in die Kosten der Instanz mit Niederschlagung der gerichtlichen zu verurtheilen. Von Rechts wegen.

v. Grolmann.

Digitized by Google

LIII.

Noch Einiges über den §. 233. des Allg. L. R. I. 21., und über die Form des Leihvertrags überhaupt; als Nachtrag zu dem Aufsatze S. 177.

Vom

Herrn Ober-Landesgerichts-Assessor **Arndts** in Paderborn.

Denjenigen Theil meines im ersten Hefte dieser Zeitschrift dieses Jahres abgedruckten Aufsatzes, welcher die Bemerkungen über den §. 233. des A. L. R. I. 21. enthält, und welcher im Wesentlichen bereits vor längerer Zeit niedergeschrieben war, hatte ich schon an die Herrn Herausgeber abgeschickt, als ich durch den Aufsatz des Herrn Dr. Sommer im letzten Hefte des vorigen Jahrgangs S. 606. darauf aufmerksam gemacht wurde, daß jene Stelle des Allgemeinen Landrechts schon in der juristischen Zeitung von verschiedenen Seiten erörtert ist. Ich erlaube mir deshalb Einiges darüber nachzutragen.[1])

Die von mir angegebene Bedeutung des §. 233. cit., welcher sich auch Sommer a. a. O. annimmt,

---

1) Der Verfasser, welcher bis vor Kurzem immer bei einem Untergerichte beschäftigt war, und dort mancher literarischen Hülfsmittel, so wie der Muße zur gehörigen Benutzung der, meist nur für flüchtigen Gebrauch zu Gebote stehen-

Digitized by Google

ist schon im vierten Jahrgange der juristischen Zeitung S. 539. aus der Fassung und Stellung des Gesetzes richtig entwickelt; es ist dabei nur das eine zu bemerken, daß dort mit Unrecht das Marginal „Precarium" als eine Schwierigkeit und die Subsumtion des §. 233. unter dieses Marginale als ungehörig bezeichnet wird. Auch dieser Paragraph redet vom Precarium. Wenn bei der unentgeltlichen Einräumung einer unbeweglichen Sache oder eines Rechts zum bloßen Gebrauche zwar der Leihvertrag vollständig verabredet, d. h. die Zeit des Gebrauchs nach Maaßgabe des §. 230 h. t. bestimmt, aber darüber kein schriftliches Dokument errichtet ist, dann soll der Empfänger nach unserer Stelle ganz in dasselbe Verhältniß treten, worin nach §. 231. 232. h. t. derjenige tritt, dem eine Sache ohne die erforderliche Zeitbestimmung zum Gebrauche gegeben wird; er soll nur Inhaber und, nach der Bezeichnung des Marginale, Precarist werden. — Vor dieser Hinweisung

---

den, Mittel entbehrte, muß allerdings bei diesen und den folgenden Beiträgen besorgen, daß er hie und da frühere Aeußerungen anderer Schriftsteller unberücksichtigt lasse, vielleicht Manches wiederhole, was schon von andern gründlicher entwickelt ist. Wenn man ihm unter solchen Umständen die Mittheiluug derselben zum Vorwurfe machen wollte, dann muß er die Verantwortung den Herren Herausgebern überlassen, welche ungeachtet jener, Ihnen geäußerten Besorgnisse die Veröffentlichung veranlaßt haben. †)

†) Ein so scharfsinniger selbstdenkender Jurist, wie der Herr Verf., bedarf solcher Entschuldigungen nicht.

A. d. R.

Digitized by Google

auf den wahren Sinn des §. 233. hatte bereits ein anderer Mitarbeiter der juristischen Zeitung S. 328. desselben Jahrganges mehrere Inconvenienzen angemerkt, auf welche man gerathe, wenn man die besprochene Stelle auf alle Verträge über Immobilien und Rechte beziehe; er hatte aber nicht geglaubt, dieselbe auf den Leihvertrag beschränken zu dürfen, vielmehr eine Beziehung derselben auf eine andere bestimmte Vertragsart vermuthet, darum ein Correlat gesucht, dieses in §§. 1066. 1069. 1090. des A. L. R. I. 11. gefunden, und demnach angenommen, daß der §. 233. cit. von dem Schenkungsvertrage rede. In einem spätern Aufsatze S. 642. ist er bei dieser Meinung stehen geblieben, und hat sie gegen die zuerst erwähnte richtige Ansicht zu vertheidigen gesucht. Der Herr Verfasser dieser Aufsätze war allerdings auf dem rechten Wege, als er eine Verwandtschaft zwischen dem §. 233. und den Vorschriften des Tit. 11. entdeckte; er hätte sich aber dadurch zu der Ansicht geleiten lassen sollen, daß der §. 233. nur eine analoge Anwendung der über die Form der Schenkungen aufgestellten Grundsätze auf die unentgeltliche Ueberlassung des temporären Gebrauchs, d. h. auf den Leihvertrag enthalte; leider ist er auf einen Abweg gerathen, und so zu einer Annahme gelangt, welche nur noch verwerflicher scheint, wie die von Boele, Bornemann und andern.

Die Erörterungen zuvörderst, womit die Behauptung, daß der §. 233. seiner Stellung und Fassung nach auf den Leihvertrag beschränkt werden könne und müsse, widerlegt werden soll, führen in der That eher zu einer Be-

Digitized by Google

kräftigung, als zu einer Widerlegung jener Behauptung. Sie sind im Wesentlichen folgende:

1) daß die Stelle sich des Ausdruckes: „des" und nicht „eines" Vertrages, bedient, soll um deswillen unerheblich seyn, weil ähnliche Ausdrücke, nämlich „wegen der schriftlichen Verträge" und „hat der mündliche Vertrag" §. 151. und 165. des A. L. R. I. 5. in allgemeiner Bedeutung vorkommen.

Dieser Punkt gehört nun freilich zu jenen Dingen, worüber sich nicht streiten läßt, weil sie jedem, so oder so, an sich klar scheinen. Mich will bedünken, daß der bestimmte Artikel im Titel 5. den Vertrag überhaupt, jede Art des Vertrages, daß er aber im 21. Titel, unter dem Marginal I., an der Stelle, wo der §. 233. steht, nur die unentgeltliche Gebrauchs-Einräumung, den Leihvertrag bezeichnen könne, und zwar aus dem Grunde, weil eben dort von dem Vertrage überhaupt, zum Unterschiede von andern Rechtsgeschäften, hier aber nur von der unentgeltlichen Gebrauchs-Einräumung zum Unterschiede von andern Verträgen die Rede ist. Die §§. 151. und 165. cit. sind überdies zu Belegen nicht sehr glücklich gewählt, weil eigentlich auch sie in gewisser Beziehung von bestimmten Vertragsarten reden.

2) Weil aus dem Anfange §. 234. h. t.: „ist aber ein wirklicher und gültiger Leihvertrag vorhanden" sich ergibt, daß hier das Gegentheil von dem Vorhergehenden gesetzt wird, so soll im §. 233. ib. nicht der Leihvertrag gemeint seyn können. Allein, wer den §. 234 cit. im Zusammenhange ohne vorgefaßte Meinung leiht, dem kann es nicht entgehen, daß hier der

Digitized by Google

Ausdruck nicht auf „Leihvertrag," sondern auf „wirklicher" und „gültiger" liegt. Nachdem der §. 229. 230. das Wesen des Leihvertrages im Allgemeinen bezeichnet, sodann §. 231. 232. von dem Falle, wenn der Verabredung, womit die Sache übergeben worden, ein wesentliches Moment des Leihvertrages, die Zeitbestimmung fehlt und endlich der §. 233. von dem Falle gehandelt hat, wenn zwar der Leihvertrag vollständig verabredet, aber in Bezug auf seinen Gegenstand der Form nach ungültig ist, geht der §. 234. zu den Wirkungen des wirklichen und gültigen Leihvertrages über; wie das „wirklicher" zu dem §. 231., so bildet das „gültiger" zu dem §. 233. den Gegensatz, und bestätigt es, daß auch in diesem §. nur der mündliche Leihvertrag gemeint sey. — Wenn der Herr Verfasser dabei bemerkt, daß auch das dem §. 234. Vorhergehende nicht von dem Leihvertrage, sondern von dem Precarium rede, dieses aber von jenem sich dadurch unterscheide, daß dabei auch Nutzungsrecht verliehen werden könne, so beruht das in so fern auf einem Irrthume, als die §§. 231. und 232. von nichts anderm reden, als von dem ohne Zeitbestimmung eingeräumten Gebrauche; das Marginal bezeichnet dieses als precarium, ob aber auch die Einräumung einer Benutzung unter diesen Begriff fallen solle, davon sagt die Stelle kein Wort. Man kann im Uebrigen, um einem Wortstreite auszuweichen, allenfalls zugestehen, daß der §. 233. nicht grade vom Leihvertrage, sondern allgemeiner von der unentgeltlichen Gebrauchs-Einräumung rede, auch damit wäre aber eigentlich schon zu viel eingeräumt; denn daß

Digitized by Google

bei Immobilien und Rechten eine solche Gebrauchs-Einräumung, wenn ihr die Zeitbestimmung fehlt, ohne Rücksicht auf die Form als precarium zu behandeln sey, das folgt schon aus dem §. 231.; der §. 233. hat den Fall zum Gegenstande, wenn die Zeit bestimmt ist, aber die schriftliche Form fehlt; er redet grade von dem mündlichen Leihvertrage, den er als precarium behandelt wissen will.

3) Es wird weiter bemerkt, daß ein Gebrauchsrecht an Rechten auf fremdes Eigenthum in der Regel nicht constituirt, und daß ein Gebrauchsrecht an fremdem Eigenthume gar nicht übertragen werden könne, wenn es nicht ein dingliches Subject habe, und mit der berechtigten Sache selbst übertragen werde. Will der Herr Verfasser, wie es scheint, aus diesen, obendrein nur mit bedeutender Einschränkung richtigen Sätzen folgern, daß sich der §. 233., weil er auch von Rechten als Gegenständen des Vertrags spricht, nicht auf die Gebrauchs-Einräumung beziehen könne, so würde er sich in Bezug auf den ersten Satz selbst widerlegen; denn, wenn, wie er sagt, ein Gebrauchsrecht an Rechten auf fremdes Eigenthum nur in der Regel nicht constituirt werden kann, dann gibt es doch Fälle, wo dies möglich ist, und eben darauf könnte die bestrittene Stelle bezogen werden. Aber es ist ja auch nirgend gesagt, daß unter dem Ausdrucke „Recht" in §. 233. nur ein Recht auf fremdes Eigenthum oder gar nur ein Gebrauchsrecht an fremdem Eigenthume gemeint sey; die Stelle spricht von allen Arten von Rechten, die einen Gebrauch zulassen, oder, wäre etwa der Herr Verfasser der Meinung, daß ein

Digitized by Google

Gebrauch nur eben bei jenen, von ihm angeführten Rechten gedenkbar sey?

4) Bei dem Leihvertrage soll nicht die Sache selbst, sondern nur Gebrauch derselben der unmittelbare Gegenstand des Vertrages seyn. Also soll im §. 233 cit., weil er von einem Vertrage redet, dessen Gegenstand eine unbewegliche Sache oder ein Recht selbst ist, das Commodat nicht gemeint seyn können? Dann würde er auch auf den Leihvertrag gar nicht bezogen werden dürfen; es fehlte ganz an einer Bestimmung über die Form des Leihvertrages bei Immobilien und Rechten und es wäre unbegreiflich, wie der Herr Verfasser selbst S. 695. wiederum sagen konnte, daß der §. 233. bei Immobilien und Rechten in Ansehung der Form des Leihvertrages eine Ausnahme mache. Doch das Zerklauben der Worte verfehlt hier seinen Zweck. Das Allg. L. R. nimmt §. 229. 230. h. t. den Leihvertrag als vorhanden an, wenn eine Sache zum temporären Gebrauche unentgeltlich eingeräumt wird; der Gegenstand und zwar der unmittelbare Gegenstand dieses zum temporären Gebrauch-Einräumens ist nichts anderes, als eben die Sache selbst. Nachdem einmal der Begriff des Leihvertrages angegeben ist, wird hier eben so sprachrichtig, wie bei dem Kaufe, der Miethe, dem unvollständigen Besitze u. s. w. die Sache als Gegenstand bezeichnet. Zu sagen: „den Gebrauch einer Sache leihen" statt „eine Sache leihen" oder „eine Sache, deren Gebrauch geliehen ist" statt „eine geliehene Sache," das wäre ein Pleonasmus und zwar ein zweideutiger Pleonasmus, weil es anzeigen könnte, daß der Verleiher

Digitized by Google

selbst nicht das Eigenthum der Sache, sondern nur ein Gebrauchsrecht daran besitze, und dieses Gebrauchsrecht zum Gebrauche gegeben habe. Eben das würde es seyn, wenn der §. 233., vom Leihvertrage redend, nicht das Immobile oder das Recht, sondern den Gebrauch derselben als Gegenstand des Vertrages bezeichnet hätte.

Man sieht, alle diese Gründe sind sehr gesucht; es scheint dem Herrn Verfasser schwer geworden zu seyn, eine eben aufgestellte Hypothese gleich wieder aufzugeben, und dennoch ist diese Hypothese an sich fast noch unglücklicher, wie die versuchte Widerlegung der richtigen Interpretation. Sie ist von der einen Seite mit den Worten des §. 233. unvereinbar; hätten die Redactoren des Allg. Landrechts darin nicht blos den Leihvertrag gemeint, dann müßten sie nothwendig von dem Vertrage im Allgemeinen, von allen Vertragsarten haben reden wollen; daß sie eine andre bestimmte Vertragsart im Auge gehabt, das ist nach der Fassung des Gesetzes rein unmöglich. Von der andern Seite würde die Beziehung der Stelle auf die Schenkung die Widersprüche nicht heben, sondern nur greller hervortreten lassen. Der Herr Verfasser ist zwar der Meinung, daß ohne diese Beziehung das Landrecht eine Lücke haben würde, indem es dann an einer Bestimmung über die Rechte des Geschenknehmers bei der mündlichen Schenkung eines Immobile's fehle; er scheint insbesondere nur in der Gleichstellung jenes Geschenknehmers mit dem Precaristen eine Erledigung der Frage zu finden, ob derselbe dem Schenkenden bei der Rückforderung für die gezogenen Früchte und den bisherigen Gebrauch Entschädigung geben müsse oder nicht. Aber

Digitized by Google

wäre diese Frage auch nicht aus allgemeinern Gründen, aus der Natur der Sache, der Redlichkeit des Besitzes u. s. w. zu beantworten, wäre also die Lücke fühlbar, dann wäre es doch nicht abzusehen, wie sie durch den §. 233. sollte ausgefüllt seyn; die §§. 231. 233., worauf dieser verweist, reden ja gar nicht von den Rechten des Empfängers, am wenigsten von Nutzungen; und es fehlt ja überall eben so gut an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, daß nicht der Precarist, als darüber, daß in jenem Falle nicht der Geschenknehmer wegen Gebrauch und Nutzungen Entschädigung zu geben habe. Dagegen würde eine Gleichstellung des letztern mit dem erstern in jeder andern Rücksicht der Natur dieser Verhältnisse widerstreiten. Es kann z. B. nicht bezweifelt werden, daß jener Geschenknehmer in Ansehung der Auslagen, der Verbesserungen und Verschlimmerungen der Sache ganz anders behandelt werden muß, als der Precarist, und, um bei der Disposition des §. 231. stehen zu bleiben, es ist aus der in meinem vorigen Aufsatze angegebenen Gründen gewiß, daß er nicht, wie im §. 231., nur Inhaber, sondern vollständiger Besitzer seyn muß; denn es ist in diesem Betracht gleichgültig, ob der mündliche Vertrag, auf welchen die Uebergabe erfolgt, ein lästiger oder ein wohlthätiger ist. Der Herr Verfasser hat sich auch selbst nicht entschließen können, die nothwendigen Consequenzen seiner Ansicht anzuerkennen; er will nämlich darnach dem Geschenknehmer die dreißigjährige Acquisitiv-Verjährung zugestanden wissen; und versucht deshalb durch Vergleichung mit dem §. 279. des A. L. R. I. 13. und §. 66. der Einleitung zur

Digitized by Google

A. Ger. Ord. nachzuweisen, daß der Ausdruck „zu allen Zeiten" in §. 232. h. t. nicht die Verjährung ausschließen solle, sondern statt „verjährte Zeit" stehe. Das letztere ist nun freilich schon um deswillen unrichtig, weil damit ja grade demjenigen, welchem eine Sache nur zum Gebrauche bis zum willkührlichen Widerruf übergeben ist (denn nur von diesem redet der §. 232.), ungeachtet des ermangelnden vollständigen Besitzes und ungeachtet der Unredlichkeit die Verjährung zugestanden seyn würde. Woher die Ausdrücke „auf jedesmaliges Erfordern" „zu allen Zeiten," das ist zu ersehen aus §. 144. und 164. des A. L. R. I. 7.[2]) was, beiläufig bemerkt, bestätigt, daß im §. 231. h. t. der Ausdruck „Inhaber" in seinem wahren Begriffe bestimmt aufgefaßt, und nicht, wie es sonst wohl geschehen, mit „Besitzer" verwechselt ist. Indessen, man kann es ganz füglich zugestehen, daß die Redactoren mit dem „zu allen Zeiten" nicht grade

---

[2]) §. 144. I. 5.: „Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, den Gewahrsam aus eigner Macht zu allen Zeiten entsetzen."

§. 164. ib.: „Dem letzten Besitzer, von welchem er (der Inhaber) die Sache in seine Gewahrsame erhalten hat, ist er dieselbe auf dessen jedesmaliges Erfordern zurückzugeben befugt und schuldig."

Der §. 231. I. 21. erklärt den Empfänger im bezeichneten Falle für einen bloßen Inhaber, und demzufolge setzt der §. 232. ib. hinzu: „Also (nämlich nach §. 144. und 164. cit.) müsse er die Sache auf jedesmaliges Erfordern zu allen Zeiten zurückgeben."

Digitized by Google

über die Verjährung etwas haben festsetzen wollen, sie mögen wohl dabei gar nicht an die Verjährung, sondern nur an den Gegensatz zu dem unvollständigen Besitzer, namentlich dem Leiher, gedacht und damit haben andeuten wollen, daß bei dem Inhaber die Zeit der Rückforderung von der Willkühr des Verleihenden abhange, während dieser bei dem unvollständigen Besitzer erst das Aufhören des Rechts desselben abwarten müsse. Der Grund, warum demjenigen, welcher sich in dem Falle des §. 231. 232. h. t. befindet, die Acquisitiv-Verjährung nicht zu Statten kommt, liegt gar nicht in dem Ausdrucke „zu allen Zeiten," sondern darin, daß er nur Inhaber, also nicht, wie es der §. 625. des A. L. R. I. 9. zur dreißigjährigen Verjährung wenigstens erfordert, vollständiger Besitzer ist und dieser Grund würde ohne allen Zweifel auch bei der mündlichen Schenkung eines Immobile's den Geschenknehmer von der Verjährung ausschließen, wenn ihn der §. 233. cit. in das §§. 231. und 232. bezeichnete Verhältniß gesetzt hätte. Im Unterrichte über die Gesetze Thl. II. Cap. 6, §. 106., worauf sich der Herr Verfasser bezieht, wird allerdings und mit Recht vorausgesetzt, daß ein mündlich verschenktes Immobile nach Ablauf der Verjährungszeit nicht zurückgefordert werden könne. Aber eben dadurch wird auf's Bestimmteste die Ansicht des Herrn Verfassers widerlegt; denn Suarez hätte hier nimmermehr die Verjährung als zulässig anerkennen können, wenn er auf den Geschenknehmer die §§. 231. 232. cit. angewendet, ihn also als bloßen Inhaber angesehen hätte.

Es mögen diese Bemerkungen genügen, ich habe

Digitized by Google

sie ungeachtet der, wie mir scheint, augenfälligen Unrichtigkeit der bestrittenen Meinung nicht für überflüssig gehalten, weil der unglückliche §. 233. neuerdings [3]) noch misbraucht worden, und weil eben das bisherige Schicksal dieser Stelle ein merkwürdiges Beispiel liefert, wie leicht sich ein einmal geäußerter Irrthum fortpflanzen kann, wenn es auch zu seiner Berichtigung nichts weiter bedarf, als daß man unbefangen den Wortklang der betreffenden Gesetze auf sich einwirken läßt. Wenn die Materialien des Landrechts etwas darüber enthalten, dann wird Bornemann in der Fortsetzung seiner Darstellung des preußischen Civilrechts nächstens Aufschluß darüber geben und ich zweifle nicht, daß es dann diesem Paragraphen so ergehen wird, wie den vielbestrittenen §§. 30. 91. 92. des A. L. R. I. 4. bei welchen man sich gleichfalls gegen die Annahme des, in der That nicht zweifelhaften Wortsinnes gesträubt hat, bis aus den Materialien nachgewiesen worden, daß die Redactoren des A. L. R. grade das gewollt haben, was die Worte in ihrer Fassung und Stellung besagen. [4])

In den erwähnten Aufsätzen der juristischen Zeitung sind noch weitere Fragen über die Form des Leihvertrags berührt. Des Zusammenhanges wegen mag über diese Form und deren Beziehung auf andere Bestimmungen des Landrechts noch das Folgende hier bemerkt werden.

---

[3]) Juristische Zeitung pro 1836 S. 657 ff.

[4]) Bornemann, system. Darstellung Bd. I. S. 331. in der Note.

Digitized by Google

Der Leihvertrag enthält eine Freigebigkeit; er ist im Grunde nichts anderes, als die Schenkung eines Gebrauchsrechts; billig wird er daher, wenn auch nicht ganz als Schenkung, doch nach ähnlichen Principien behandelt. Davon scheinen auch die Redactoren des Allg. L. R. ausgegangen zu seyn. Das Versprechen zu schenken, ist nach §. 1063. I. 11. nur verbindlich, wenn es gerichtlich erklärt ist. Bei dem Leihvertrage indessen hat das Landrecht den Fall, wenn die Einräumung des Gebrauchs nur versprochen wird, die Frage, in welcher Form dieses Versprechen, um verbindlich zu seyn, abgegeben werden müsse, nicht berührt, sondern das Commodat nur als Realcontract aufgefaßt, d. h. die Uebergabe vorausgesetzt. Seine Bestimmungen darüber können deshalb, die Verwandtschaft mit der Schenkung angenommen, nur Bezug haben auf die §§. 1065. ff. ib., welche von den durch Uebergabe vollzogenen Schenkungen handeln, und ihnen sind sie durchaus annalog.

1) Wie die außergerichtliche, und sogar blos mündliche Schenkung einer beweglichen Sache ohne Rücksicht auf deren Werth nach §. 1065. cit. durch Uebergabe gültig wird, so bedarf auch der, mit der Uebergabe verbundene Leihvertrag über eine bewegliche Sache nie der schriftlichen Abfassung, wie solches in der letzten der oben erwähnten Abhandlungen S. 645. gegen den in dem früheren Aufsatze S. 540. ohne Grund geäußerten Zweifel richtig bemerkt ist. Wenn auch beim Leihvertrage, wie bei der Schenkung, nicht ausdrücklich angegeben ist, daß es auf den Werth der beweglichen Sache oder ihres Ge-

Digitized by Google

brauchs nicht ankomme, dann sind doch die Bestimmungen allgemein gefaßt, und es zeigt grade der Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in §. 1065. und 1066. l. c. und die unterbliebene Erwähnung der beweglichen Sache in §. 231—233. h. t., daß bei dieser die Schrift auf keinen Fall erforderlich seyn solle. Das entspricht denn auch dem allgemeinern Grundsatze des §. 146. l. 5., wonach die mündlichen Verträge über bewegliche Sachen auch bei einem Werthe von mehr als 50 Thlr. nach geschehener Erfüllung nicht mehr angefochten werden können. Gegen das Letztere ließe sich in Bezug auf den Leihvertrag vielleicht einwenden, daß derselbe durch die Uebergabe allein nicht vollständig erfüllt werde, sondern dazu auch das Bestehen des Gebrauchs bis nach Ablauf der bestimmten Zeit gehöre. Aber das scheint wohl nur so. Wenn sich auch im gemeinen Rechte der Schutz gegen die Zurückforderung oder Entschädigung wegen dieser Zurücknahme nur gewinnen läßt durch das Festhalten der obligatio des Verleihers, dann ist doch nach dem Allg. L. R. §. 2. I. 21. das Gebrauchsrecht des Leihers ein dingliches, durch sein Recht auf die Sache ist er gegen den Verleiher, wie gegen den Dritten, geschützt, durch die Einräumung dieses dinglichen Gebrauchsrechts, welche durch die Uebergabe bewirkt wird, ist also eigentlich auch auf Seiten des Verleihers der Contrakt vollständig erfüllt; eine unzeitige Zurücknahme der Sache ist nicht eigentlich eine Verweigerung der Erfüllung, sondern die Verletzung eines durch die geschehene Erfüllung bereits erworbenen Rechts auf die Sache; sie ist eine contractwidrige Handlung, wie sie bei jedem er-

Digitized by Google

füllten Vertrage gedenkbar ist. — Von der Miethe unterscheidet sich in dieser Rücksicht der Leihvertrag dadurch, daß der Vermiether den eingeräumten Gebrauch bis zum Ablaufe der Zeit wirklich zu gewähren verpflichtet ist, während der Verleiher ihn blos zu belassen, nur seinerseits einer Verletzung des eingeräumten Rechts sich zu enthalten braucht.

2) Damit die Schenkung eines Immobile's unanfechtbar sey, ist nach §. 1066. l. 11. außer der Uebergabe wenigstens eine Punctation erforderlich; grade dieses setzt beim Leihvertrage der §. 233. h. t. voraus.

3) Den Immobilien sind beim Leihvertrage durch den §. 233. h. t. die Rechte gleichgesetzt, wohin jedoch wohl die Rechte nicht zu rechnen sind, welche eben nur in dem Gebrauche einer beweglichen Sache bestehen, man wird z. B. nicht darum schriftliche Abfassung fordern, weil ein Verleiher nicht Eigenthümer, sondern Nießbraucher der beweglichen Sache ist, und sich solchergestalt etwa sagen ließe, daß er nicht sowohl die Sache, als sein Gebrauchsrecht verleihe. — Bei der Schenkung sind die Rechte nicht ausdrücklich erwähnt und in Ansehung derjenigen, welche nicht ihrer Natur nach zu den Immobilien gehören, findet sich hier eine Lücke im Landrechte. Denn unter den beweglichen Sachen bei §. 1065. cit. können sie hier nicht füglich mitverstanden seyn, da der §. 1068. ib. rücksichtlich ihrer Uebergabe fordert, auch die Worte des §. 1065. cit. darauf zu deuten scheinen, daß man nur an körperliche Sachen gedacht habe.

Digitized by Google

Sollten nun darum, weil §. 1065—1068. cit. nicht von Rechten reden, nach §. 1063. 1064. ib. die Rechte, namentlich Forderungen, welche wir mit dem A. L. R. I. 11. §. 393 seq. vorzugsweise ins Auge nehmen, gar nicht außergerichtlich verschenkt werden können? Das läßt sich nicht wohl annehmen, weil der §. 1064. cit. nur die Klagbarkeit von der gerichtlichen Erklärung abhängig macht, auch sogar bei Grundstücken, bei welchen sonst die meisten Förmlichkeiten gefordert werden, die mit der Uebergabe verbundene außergerichtliche Punctation genügt. Man wird deshalb die Analogie zu Hülfe nehmen, auf die beweglichen Sachen recurriren und fragen müssen, was bei Rechten, Forderungen, der Natural-Uebergabe entspricht. Das Erforderniß dieser Naturalübergabe scheint seinen Grund in dem §. 1064. l. c. und die Bedeutung zu haben, daß die Schenkung nur gültig werden könne, wenn der Schenkende dem Geschenknehmer die vollständige Disposition über den Gegenstand der Schenkung eingeräumt habe, dergestalt, daß er, der Schenkende, zur Erlangung der zugedachten Disposition nicht mehr in Anspruch genommen, verklagt zu werden brauche, wie solches z. B. dann immer noch der Fall ist, wenn er die Sache nicht naturaliter übergeben, sondern nach §. 71. I. 7. die Gewahrsam behalten hat. Ist das richtig, dann würde man zu fragen haben, wann die vollständige Disposition über ein Recht in solcher Weise für übergeben zu achten sey. Der Idee des Eigenthums an Rechten entsprechend hat das Allg. L. R. auch bei der Abtretung der Rechte den titulus und modus, das

Digitized by Google

Rechtsgeschäft und die Uebergabe (Cession) unterschieden. [5])

§. 376. 377. I. 11.

Diese Uebergabe wird bewirkt durch die Erklärung des Cedenten, daß der Cessionar nunmehr das abgetretene Recht als das seinige auszuüben befugt seyn

---

[5]) Wenn die §§. 376. 377. 378. so gestellt sind, als ob nur die Uebergabe in Folge eines lästigen Vertrags unter den Begriff: „Cession" falle, also auch nur davon alles, was weiter von der Cession gesagt wird, zu verstehen sey, dann ist wohl nur ein Versehen bei der Redaction; es würde ja dann durchaus an Bestimmungen darüber fehlen, welche Rechte unentgeltlich abgetreten werden können, wie die Abtretung zu bewirken, in welchem Verhältnisse der Uebernehmer zu dem Schuldner stehe u. s. w., auch ist nach den Begriffen vom Eigenthum und Besitz an Rechten eben so gut bei der Schenkung, als bei der Abtretung gegen Entgelt die causa succedens und die traditio zu unterscheiden, und es sind dort eben so, wie hier, die Bestimmungen über die Bedingungen des wirklichen Eigenthums-Uebergangs, der traditio, erforderlich. Freilich ist es unverkennbar, daß man bei den Bestimmungen über das Verhältniß des Cedenten zum Cessionar, welches großentheils von der Natur des vorausgegangenen Rechtsgeschäfts abhängt, an die Abtretung gegen Entgelt gedacht hat. — Das Landrecht wird hier einer Berichtigung bedürfen. Die allgemeinen Grundsätze über die Weise, wie Rechte durch Uebertragung von Einem auf den Andern übergehen können, also die Lehre von der Cession, wenn man darunter nur den Act der Uebergabe verstehen will, gehören strenge genommen nicht in den Titel 11., sondern in den allgemeinen Titel über die mittelbare Erwerbung.

Digitized by Google

soll, und durch die Annahme dieser Erklärung von Seiten des Cessionars.

§. 393. ibid.

Nach §. 394. ib. und §. 133. l. 5. muß die Erklärung schriftlich erfolgen, wenn über die Forderung ein schriftliches Document existirt, oder sonst über das Recht wegen seines Werthes oder seiner Natur nach §. 131. und 135. l. 5. nur schriftlich contrahirt werden kann, und es kann nicht zweifelhaft seyn, daß in diesen Fällen auch die Schenkung eine schriftliche Cession erfordert. In andern Fällen bedarf die Uebergabe an und für sich nicht der Schrift; aber ohne diese möchte man sie doch nur einer symbolischen Uebergabe gleich halten; sie setzt noch nicht den Cessionar in die Lage, wirklich über das Recht nach Willkühr schalten zu können, und zwar um deswillen nicht, weil der Verpflichtete nicht ohne Vorzeigung schriftlicher Cession zu erfüllen braucht.

§. 396. l. 11. §. 258. l. 16.
Coll. §. 86. l. 16. §. 8. l. 13.

Deshalb sollte man zur Schenkung auch in diesen Fällen wenigsteus eine schriftliche Cession für nöthig halten. Dagegen erlangt der Cessionar durch diese schriftliche Cession, welcher nur im Falle des §. 385.

---

des Eigenthums, Tit. 10., und theilweise in den Titel vom Besitze; sie würden auch, wenn sie solchergestalt aus einem allgemeinern Gesichtspunkte betrachtet wären, wahrscheinlich mehr Bestimmtheit erlangt haben.

Digitized by Google

cit. die Ausantwortung des Instruments hinzukommen muß, eine eben so vollständige Disposition über das Recht, wie der Geschenknehmer einer beweglichen Sache durch die Natural-Uebergabe, und so scheint man die schriftliche Cession zur Schenkung auch als genügend ansehen zu dürfen. Die Rechte ständen also der Regel nach auch bei der Schenkung den Immobilien gleich, was eben durch die Analogie des §. 233. l. 21. wiederum unterstützt wird.

Der Rücktritt, welcher dem außergerichtlich Schenkenden binnen 6 Monaten zusteht, ist übrigens dem Verleiher nicht verstattet.

Wenn gefragt wird, wie das Versprechen zu verleihen abgegeben seyn müsse, um klagbar zu seyn, dann versteht es sich nach §. 233. h. t. von selbst, daß bei Immobilien und Rechten, und nach dem allgemeinen Grundsatze des §. 131 ff. l. 5., daß bei beweglichen Sachen, wenn der Werth des bestimmten Gebrauchs 50 Thlr. übersteigen sollte, schriftliche Abfassung nöthig ist. Aber es würde sich vielleicht sogar vertheidigen lassen, daß gerichtlicher Abschluß erforderlich sey, und eben so, daß die Grundsätze von Widerruf der Schenkungen mit Ausnahme des §. 1090. l. 11. nach Umständen analog auf den Leihvertrag anzuwenden seyn, wie dann das letztere in Ansehung der Gläubiger nach §. 49. der Allg. Gerichts-Ordnung l. 50. keinem Bedenken unterliegt, und in Ansehung einiger andern Widerspruchsgründe allenfalls aus §. 235. h. t. deducirt werden könnte.

Digitized by Google

Die unentgeltliche Einräumung des Nießbrauchs würde man wahrscheinlich ganz nach den Grundsätzen von der Schenkung zu behandeln, wenig Bedenken tragen, und davon ist eigentlich der Leihvertrag in diesem Betracht grundsätzlich gar nicht verschieden.

Digitized by Google

LIV.

Verträge über das Eigenthum an Immobilien wenn auch unter 50 Thaler unterliegen unbedingt der schriftlichen Form.

Von

Fr. Th. Boele.

Durum est me tibi, quod petis, negare.
Vero verius ergo quid sit, audi.
MARTIALIS, 8. 79.

(cfr. 2. Heft I. Jahrgang Nr. XVI. — 2. Heft III. und 4. Heft des III. Jahrgangs dieses Archiv's Nr. XXXVI. und XX.)

Die von mir im 2ten Hefte des Archiv's I. Jahrgangs aufgestellte Behauptung, daß der §. 232. des A. L. R. I. Theils 21. Titels allgemein sey, und sich keineswegs blos auf den Leihvertrag beziehe, ist sowohl im 2ten Hefte des III. Jahrgangs vom Herrn Arndts, als auch im letzten Hefte des II. Jahrgangs vom Herrn Dr. Sommer nicht allein sehr heftig bestritten, sondern vom letztern sogar der bis dahin unerhörte Satz aufgestellt worden, daß Verträge über Eigenthum an Immobilien unter 50 Thaler in der Regel der schriftlichen Form nicht unterworfen wären.

So scharfsinnig nun auch jene Meinungen vertheidigt sind, so ist doch der dadurch angefochtene error Pragmaticorum ein zu eingewurzelter, vielleicht aber auch ein zu wohl radizirter, als daß er so leicht aufge-

Digitized by Google

geben werden könnte.*) Daher noch ein Wort zu seiner Vertheidigung. Wenden wir uns daher zunächst zu der neuen Theorie des Dr. Sommer.

§. 1.

Dr. Sommer sucht seine neue Theorie zunächst aus dem historischen Entwickelungsgange der einschlägigen Gesetzgebung zu rechtfertigen; daraus wird sich aber weit eher das Gegentheil nachweisen lassen. Dr. Sommer geht von folgenden Sätzen aus:

1) „Das Stempel-Edict vom 13. Mai 1766 habe nur verordnet, daß alle Pacht-, Kauf- und Mieth-Verträge über Immobilien bei Vertrags-Gegenständen über 50 Thlr. bei Strafe der Nichtigkeit schriftlich abgefaßt werden sollten;

2) „erst das spätere Edict vom 8. Februar 1770 habe diese Vorschrift auf alle Verträge über 50 Thlr. ausgedehnt;

3) „diese Vorschrift nun sey auch als schon feststehende Lehre in das A. L. R. aufgenommen, und hier im V. Titel, obwohl daselbst sedes materiae, nichts davon gesagt worden, daß Verträge über Immobilien, wenn auch unter 50 Thlr., dennoch schriftlich abgefaßt werden müßten. Daher, so wird nun weiter argumentirt, könne diejenige Theorie, welche bei Verträgen über die Veräußerung von Immobilien, und zwar unabhängig von der Höhe der Vertrags-Summe stets wenigstens die schriftliche Form ver-

*) Das Pensum zum Tit. 21. A. L. R. S. 73. spricht sich ebenfalls für diese Ansicht aus.

Digitized by Google

lange, sich nur auf die Bestimmungen im A. L. R. Thl. I. Tit. 10. §§. 15. 16. 17. berufen; allein diese Vorschriften bezögen sich nur auf das Formelle, ständen lediglich in Beziehung zu dem Hypothekenwesen, und wiederholten nur die §§. 58. 60. und 61. der Hypotheken-Ordnung von 1783. In den materiellen Rechtsbestimmungen über die Gültigkeit der Verträge sey mithin dadurch an sich gar nichts geändert, vielmehr behalte ein solcher Vertrag sowohl nach §. 62. der Hyoth. Ordn., als nach §. 17. A. L. R. Thl. I. Tit. 10. unter den Contrahenten selbst seine Wirksamkeit, wenn gleich der Hypothekenrichter ihn als formlos von sich weisen müsse. Eben so gut, wie nach der Hypotheken-Ordnung es möglich gewesen, einen gültigen mündlichen Vertrag zu verifiziren und zur Eintragung zu bringen, eben so müsse dieses auch jetzt noch möglich seyn."

Allein diese Argumentation ist hauptsächlich in ihrer Schlußfolgerung irrig, und dabei insbesondere die Einwirkung, welche die Hypotheken-Ordnung in dieser Hinsicht auch auf die materielle Gesetzgebung äußern mußte, gemißdeutet worden.

Nach §§. 49—52. Hyp. Ordn. Tit. 11. sollten alle Immobilien in das Hypothekenbuch eingetragen, und daher alle mit dem Eigenthum daran vorfallenden Veränderungen bei dem Hypothekenrichter, und zwar unter Darlegung und Bescheinigung des Titels, binnen Jahresfrist angemeldet werden. Wegen dieser Bescheinigung des Titels war schon von selbst die Nothwendigkeit der Aus-

Digitized by Google

schließung blos mündlicher Verträge geboten. — Zwar verordnet nun allerdings der §. 62.:

„Unter den Contrahenten selbst aber behält ein solcher Privatvertrag dennoch seine Wirkung dergestalt, daß aus selbigem einer gegen den andern auf die Errichtung des förmlichen Instruments klagen kann.“

Wenn nun aber dieser §. schon das Vorhandenseyn eines schriftlichen Documents wenigstens supponirte, wie klar erhellet, wenn man ihn mit dem §. 61. in Verbindung bringt; so leuchtet es auch von selbst ein, daß in so fern der aufgestellte Grundsatz, daß außerhalb des Hypothekenbuchs kein Verkehr über Immobilien statt finden, durchgreifend gehandhabt werden sollte, consequent auch alle blos mündlichen Verträge über das Eigenthum an solchen als durchaus unzulässig verworfen werden mußten, oder es hätte doch daraus mindestens eine Klage auf Errichtung eines förmlichen Instruments verstattet werden müssen. Dieses ist aber, wie später gezeigt werden wird, nicht geschehen, ließe sich aber auch mit der im A. L. R. herrschenden Tendenz, wornach die schriftliche Form für die Verträge, der Vermeidung und Vereinfachung der Prozesse wegen hauptsächlich vorgeschrieben ist, um so weniger vereinigen, indem bei solchen Klagen, auf Errichtung eines förmlichen Instruments aus blos mündlichen Verträgen, zugleich auch noch die Existenz und der Inhalt des Pacti selbst bewiesen werden müßte, mithin auch controvertirt werden könnte. Es ließe sich aber auch außerdem kein Grund davon einsehen, weshalb die Gesetzgebung hinsichtlich der Form bei Verträgen über das Eigenthum von Immobilien, einen Unterschied gemacht

Digitized by Google

haben sollte, je nachdem der Gegenstand über oder unter 50 Thlr. betrüge. Alle Immobilien sollten in das Grundbuch eingetragen werden, und deshalb wurde die Form verlangt, wobei die Vertragssumme gleichgültig war. Ganz irrig ist es aber, wenn man sich hier durch eine Distinction helfen, und jenen Satz nur für den Hypothekenrichter gelten lassen will, obgleich dieser den formlosen Besitzer alsbald bei Strafe zur Beschaffung eines förmlichen Instruments anhalten müßte. Wenn nun die Hypotheken-Ordnung von 1783 ihrer Stellung nach die Form der Verträge über Immobilien nur in Beziehung auf das Hypothekenbuch behandeln konnte, so war es für die Gesetzgebung des jüngern Landrechts eine sich von selbst bietende Aufgabe, hier nachzuhelfen, und für die Eigenthums-Verträge über Immobilien eine solche Form vorzuschreiben, die in jeder Beziehung und nach allen Seiten hin Wirkung hatte. Dieses ist nun aber auch positiv geschehen.

§. 2.

Zunächst ist zu bemerken, daß hier nicht der 5te Titel, wie Dr. Sommer meint, sondern der 10te Titel Thl. I. A. L. R. sedes materiae ist. So wie das A. L. R. zwischen titulus und modus acquirendi unterscheidet, und bis zum 10ten Titel die originären Erwerbsarten abhandelt, so beginnt der 10te Titel mit den allgemeinen Grundsätzen von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums, und behandelt hier in dieser Beziehung sowohl titulus als modus. Unterschieden wird zwischen der mittelbaren Erwerbung von Mobilien

Digitized by Google

und Immobilien, und so wie der §. 2. im Allgemeinen bestimmt:

„der Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums kann durch Willenserklärung, Gesetze und rechtliches Erkenntniß begründet werden;“

so bestimmt der § 15. insbesondere in Betreff der Immobilien:

„Alle Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstückes etwas verfügt wird, müssen gerichtlich, oder von einem Justizcommissar aufgenommen werden.“

Hier ist sedes materiae specialis, und man beruft sich daher gegenseits offenbar mit Unrecht darauf, — daß wenn solche Verträge auch unter 50 Thlr. nothwendig schriftlich hätten abgefaßt werden sollen, dieses im 5ten Titel, wo überhaupt von der Form der Verträge gehandelt werde, wo mithin sedes materiae sey, gesagt worden wäre. Aber grade deshalb, weil sich im 10ten Titel eine speciellere Veranlassung fand, die Form der Verträge über das Eigenthum von Immobilien zu bestimmen, konnte man im 5ten Titel darüber hinweggehen. — Wenn man nun überhaupt auf den bloßen Grund: „Warum, oder warum nicht?“ ja nicht zu viel Gewicht legen darf, man ja sonst damit flugs alle Himmelskörper bevölkern könnte; — so ergeben aber auch die §§ 16. und 17. h. t. bis zur völligen Evidenz, daß die §§. 15 — 17. sich hier keineswegs mit der bloßen Eintragungsform ins Hypothekenbuch beschäftigen; sondern grade für das volle ungetheilte Civilrecht disponiren. Es sagt der §. 16.:

Digitized by Google

„Auf den Grund eines bloßen, wenn auch schriftlichen Vertrags findet die Eintragung des Besitztitels in das Hypothekenbuch nicht statt;"

nun fährt der §. 17. fort:

„Doch hat ein solcher Vertrag die Wirkung einer Punctation und es kann also daraus auch auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instrumentes geklagt werden."

Hier wird mithin nicht einmal dem schriftlichen Vertrage als solchem die Kraft beigelegt, daß daraus auf Errichtrng eines förmlichen Instruments geklagt werden kann, sondern man führt denselben zuerst auf das Wesen einer Punktation zurück und gewährt sodann mit Zuhülfenahme des Tit. 5. §. 120 folg., wornach der Richter nach dem Inhalt der Punctation eine förmliche Ausfertigung verfügen kann, jenes Klagerecht.*) Erwägt man dieses, wo will man dann mit dem mündlichen Verträgen über das Eigenthum von Immobilien bleiben? — Eine mündliche Punctation kennt das Gesetz nicht; ist auch zweck- und begriffsmäßig nicht denkbar. — Wollte man aber auch noch daran zweifeln, ob im 10ten Titel sedes materiae sey, und nicht vielmehr die §§. 15. bis 17. sich blos auf die Form beim Hypothekenbuche bezögen, so wird doch jeglicher Zweifelsgrund bei näherer Ansicht des §. 75. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. vollends verschwinden:

„Von der Form der Kaufverträge gilt alles das,

*) Erst in Folge des Gesetzes vom 23. April 1821 hat ein blos schriftlicher Vertrag als solcher Wirkung.

Digitized by Google

was von der Form der Verträge überhaupt, und derjenigen, welche über das Eigenthum unbeweglicher Sachen geschlossen werden insonderheit oben verordnet ist. (Tit. 5. §. 109. seq. Tit. 10. §. 15. 16. 17.)"

So wenig nun dieser §. lediglich auf die hypothekarische Form bezogen werden kann, eben so positiv vindizirt er den §§. 15—17. nicht nur ihre Allgemeinheit, sondern er weiset auch ausdrücklich darauf hin, daß für die Form der Verträge über Immobilien grade der 10te Titel sedes materiae ist. — Es deutet aber auch selbst der 5te Titel überall darauf hin, daß die Formfrage bei den Immobilien anders als bei Mobilien behandelt werden soll; insonderheit der §. 146.:

„Wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, so kann der Mangel eines schriftlichen Vertrags nicht vorgeschützt werden."

Warum sind hier die unbeweglichen Sachen ausgeschlossen; — warum kann nach §. 1065. Tit. 11. Thl 1. eine geschenkte bewegliche Sache, wenn sie bereits übergeben ist, wegen Mangels einer gerichtlichen nicht zurückgefordert werden, wohl aber nach §. 1066. eine unbewegliche wenn gleich unter 50 Thlr., es sey denn, daß ein schriftlicher Vertrag vorliegt, der in diesem Falle die Wirkung einer Punctation haben soll; warum wird hier bei beweglichen Sachen von der Nothwendigkeit wenigstens der schriftlichen Form nichts gesagt?

Ueberhaupt aber darf nicht übersehen werden, daß der 5te Titel die gerichtliche Form, mit Ausnahme der

Digitized by Google

wegen persönlicher Eigenschaften der Contrahenten, überhaupt übergeht. — Es bedürfte nun nach dem Gesagten wohl keiner weitern Rechtfertigung des Satzes, daß Folgendes die Theorie des A. L. R. sey: „Alle Verträge über das Eigenthum eines Grundstücks müssen nothwendig gerichtlich oder notariell geschlossen werden; alle privat- wenn auch schriftlichen Verträge sind ungültig, letztere haben jedoch in so fern Wirkung, als ihnen die Kraft von Punctationen beigelegt ist.“*) Allein wenn es noch Noth thäte, so würde hier allerdings auch noch der §. 233. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. zu Hülfe kommen.

§. 3.

Bei dem Vorhingesagten fehlte es im A. L. R. noch an einer Bestimmung darüber, nach welchen rechtlichen Grundsätzen Derjenige zu behandeln sey, der in den Besitz eines Immobile auf Grund eines blos mündlichen Vertrags gekommen ist? Diese Bestimmung ist nun hier gegeben und damit die Theorie vollendet. Man will diesen §. zwar blos auf den Leihvertrag beziehen; allein dagegen spricht,

1) daß Immobilien als Objecte eines Leihvertrags höchst selten vorkommen. Am ersten könnte noch der Fall bei einer Wohnung vorkommen; allein es läßt sich nicht einsehen, weshalb solchen Falls stets ein schriftlicher Vertrag gefordert würde, da doch Miethverträge unter 50 Thlr. ohne alle Form zulässig

*) Die durch das Gesetz vom 23. April 1821 veranlaßte Veränderung ist bereits erwähnt.

Digitized by Google

sind, der von der Schenkung hergenommene Unterscheidungsgrund aber nicht durchgreift, weil dieser bei Mobilien eben so gut gelten würde.

2) Die Stellung dieses §. und der von der sedes materiae hergenommene Grund will auch nichts entscheiden, und läßt sich auch recht gut für meine Ansicht erklären. Der dritte Abschnitt des 21sten Titels handelt im Allgemeinen von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen. Unter diese Kathegorie gehört auch das Prekarium, worüber auch als Vertragsart im A. L. R. nirgends anders gehandelt wird, als hier. Es ist aber unrichtig, wenn Dr. Sommer sagt: „der Leihvertrag als genus theilt sich also in den Leihvertrag im engern Sinne, wirklichen gültigen Leihvertrag, Commodatum, und in Precarium.“ Einen Leihvertrag als genus kennt die Jurisprudenz nicht, man kann das Precarium eben so wenig eine Species des Commodats nennen, als die Pacht, den Ususfructus, usus und die Antichrese; bei allen wird eine Sache zum Gebrauch eingeräumt, aber auf verschiedene Weise, bei der Pacht und Antichrese nicht unentgeltlich, beim Precarium nicht auf eine bestimmte Zeit, der Ususfructus aber kann nicht blos durch Vertrag, sondern auch durch Testament und Gesetz eingeräumt werden. Es wird aber gewiß Niemanden einfallen, jener Aehnlichkeit wegen, die Antichrese, oder die Pacht eine Species des Commodats zu nennen. Das Precarium ist mithin hier nicht als eine Species des Commodats,

Digitized by Google

sondern in seiner selbstständigen Eigenthümlichkeit abgehandelt worden.

Es war ja überhaupt im Anfange Absicht, alle Distinctionen zu vermeiden, und es lag daher um so näher, an der gegenwärtigen Stelle das Precarium heranzuziehen, indem es zur Characterisirung desselben genügte, einzelne beim Commodat wesentliche Requisite anszunehmen, wo sich dann der Begriff von selbst dahin ergab: „Precarium ist dasjenige Rechtsverhältniß, wo Jemanden eine Sache zum Gebrauch eingeräumt, aber weder die Art und der Zweck desselben noch die Dauer bestimmt ist.“ Der §. 232. bestimmt nun die Wirkungen eines solchen Verhältnisses dahin, daß der Inhaber die Sache auf jedesmaliges Erfordern sofort zurückzugeben schuldig sey, und eben dieses veranlaßte den §. 233.:

„Ein Gleiches findet statt, wenn eine unbewegliche Sache oder ein Recht Gegenstand des Contracts und dieser nicht schriftlich abgefaßt ist;“

der allerdings schulgerechter in den 10ten Titel gehörte. — Allein man hat hier mehr die Gelegenheit ergriffen, mit wenigern Worten die Sache abmachen zu können, als daß man sich scheute, die Regel von der sedes materiae zu verletzen. — Entscheidend ist aber, daß das Precarium als Vertrag in den §§. 231—234. selbstständig, und keinesweges blos als species commodati abgehandelt wird, die Verbindung worin dasselbe hier zu dem letztern erscheint, eine rein formelle, keinesweges aber eine materielle ist. Man braucht auch nur den §. 233. etwas weniger präcise dahin zu fassen:

„Derjenige, welcher eine unbewegliche Sache oder ein

Digitized by Google

Recht auf Grund des darüber blos mündlich geschlossenen Vertrag in Fällen inne hat, wo mindestens die schriftliche Form vorgeschrieben ist, muß die Sache auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden zu allen Zeiten zurückgeben;"

und es spricht von selbst, daß derselbe die hier angenommene allgemeine Bedeutung haben soll. Wenn nun aber das unschuldige Wörtchen: "des" der gegentheiligen Ansicht eine Hauptwaffe hat leihen müssen, so ist dagegen zu erinnern, daß das "des" eben so gut eine allgemeinere Beziehung erleiden kann, als das unbestimmtere "eines" und man nur alsdann aus der Wortfassung die ängstliche Beziehung auf den Leihvertrag rechtfertigen könnte, wenn statt „des Contracts," da stände „dieses Contracts!"

Man wendet nun zwar auch noch ferner ein, daß allerdings Verträge über Immobilien vorkämen, die keine schriftliche Form verlangten, womit dieser §. aber sich in seiner Allgemeinheit gar nicht reimen lasse; allein abgesehen davon, daß es wohl wenige Sätze geben mag, wogegen nicht Einwürfe ähnlichen Gehalts vorgebracht werden können, ohne daß darum deren Richtigkeit im Mindesten bezweifelt wird; so ist dagegen auch noch zu erwägen, daß es an dieser Stelle gar nicht der Ort war, darüber, welche Verträge über Immobilien schriftlich abgefaßt werden sollten, Bestimmungen zu treffen.

Wenn man übrigens diesen von mir vertheidigten Satz auf die Verjährungslehre anwendet, und aus Grundsätzen der allgemeinen Theorie Resultate dagegen zu gewinnen sucht, die ich als solche anerkennen muß und stets anerkannt habe; so bemerke ich dagegen, daß ich

Digitized by Google

meine Ansicht nicht als das Resultat der allgemeinen Jurisprudenz aufgestellt habe, sondern nur behaupte, daß dieselbe als Folge eines positiven, und zwar eines höchst-singulären, mit der Hypothekenverfassung jedoch in inniger Verbindung stehenden, Gesetzes mit Nothwendigkeit gegeben ist. — Eben so wenig lag es in meiner Aufgabe, zu behaupten, daß diese Bestimmung auch jetzt noch, nachdem die Zwangstitel-Berichtigung aufgehoben, und die Form durch das Gesetz vom 23. April 1821 erleichtert ist, eben so nothwendig sey, als zuvor.

Digitized by Google

LV.

Ueber das Pfand-Recht des Verpächters an den Früchten. *)

Vom

Herrn Justiz-Commissar **Stute** in Soest.

Der §. 395. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. bestimmt:

„Daß der Vermiether oder Verpächter wegen seines Zinses oder anderer Forderungen, auf die von dem Miether oder Pächter eingebrachten, und zur Zeit der Endigung des Kontrakts in dem Hause oder Gute noch vorhandenen Sachen und Effekten die Rechte eines Pfandgläubigers habe.“

Die Früchte entstehen aus dem eingesäeten Getraide, sie folgen also auch den Regeln, welche für dieses Getraide, welches eine Sache wie jede andere Sache im gesetzlichen Sinne ist, gelten. In so fern also das eingesäete Getraide dem Pfand-Nexus des Verpächters unterworfen ist, müssen es auch die aus die aus diesem entstehenden Früchte seyn. Der §. 470, Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. verordnet:

„An- und Zuwüchse, sie mögen durch Natur, oder durch die Handlung eines Menschen entstehen, in so fern letztere nicht Pertinenzstücke sind, die aus fremdem

*) Vergl. N. Archiv Jahrg. I. S. 217 ff.

Digitized by Google

Eigenthum der Sache beigefügt worden, sind dem Hypotheken-Rechte des eingetragenen Gläubigers mit unterworfen."

Der §. 21. Thl. I. Tit. 20. A. L. R. normirt: "Mit der Sache selbst sind in der Regel auch deren Pertinenz-Stücke, Zuwüchse und Früchte für verpfändet zu achten."

Der §. 157. Thl. I. Tit. 20. A. L. R. setzt fest, daß

An- und Zuwüchse verpfändeter beweglicher Sachen, sie mögen durch Natur oder Kunst entstehen, im Mangel besonderer Verabredungen für mitverpfändet zu achten.

In so fern also das Saatgetraide verpfändet ist, sind es auch die aus diesem originirenden Früchte.

Der §. 475. 476. loc. cit. sprechen sich folgender Gestalt aus:

"Die Früchte und Nutzungen der verpfändeten Sache haften dem Hypotheken-Gläubiger in so fern, als sie sich zur Zeit der Executions-Vollstreckung noch unabsondert von der Substanz befinden.

"So lange also der Hypotheken-Gläubiger die von der Substanz abgesonderten Früchte oder die an deren Stelle tretende Pacht- und Miethgelder noch nicht in gerichtlichen Beschlag genommen hat, so lange kann der Eigenthümer darüber verfügen."

Den Begriff des Eigenthümers stellt der §. 221. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. dahin fest:

"Die Früchte einer Sache sind gleich bei ihrer Entstehung das Eigenthum Desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat."

Digitized by Google

Der Begriff des Pfand-Gläubigers schließt sowohl den Hypotheken-Gläubiger als jeden andern Pfandgläubiger ein, weil er allgemein ist. Wenn also das Gesetz dem Verpächter die Rechte des Pfand-Gläubigers beilegt, so legt es ihm auch die Rechte des Hypotheken-Gläubigers bei, und diese werden durch obige Bestimmungen determinirt.

Hiernach möchte sich die Sache folgender Gestalt stellen:

„So lange die Früchte nicht separati sind, kann der Pächter durch eine Verfügung über dieselben, dem Verpächter nicht präjudiciren. Sind sie separati, kann der Verpächter eine derartige, nach der Separation getroffene Verfügung nicht anfechten, indem er durch die Separation sein Pfandrecht verloren hat.“

Der §. 13. Thl. I. Tit. 29. der A. G. O. zeigt den Weg, welchen der Verpächter einzuschlagen hat, um sich zu sichern.

Digitized by Google

LVI.

Deutsche Geschichte mit besonderer Rücksicht auf Religion, Recht und Staatsverfassung, von Dr. Georg Phillips, außerordentlichem Professor der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. 1r Band. Berlin, bei Ferd. Dümmler. 1832. gr. 8. S. 679. 2r Band 1834. gr. 8. S. 547., (wonach der Verfasser ordentlicher öffentlicher Professor der Rechte und der Geschichte an der Königl. Ludwig-Maximilians-Universität zu München ist.) Preis beider Bände 5 Thlr. 20 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Wir können das Jahr nicht scheiden sehen, ohne erst den Vielen unsrer Leser, welche das vorliegende Werk noch gar nicht kennen, dasselbe anzuzeigen. Es ist ein höchst vortreffliches Werk, eine Staats- und Rechtsgeschichte wie wir sie noch nicht besitzen, worauf unser Volk stolz seyn kann. — Es sind jedesmal ganze Werkstücke die der Verf. gibt, beide Bände haben nur 60 §§.; keine Lehre ist unnütz zerschnitten, das Ganze ist aus einem Gusse. — Die Grundansicht des Verfs. führt darauf hin, den Stamm selbst für eine große, weit ausgebreitete Familie zu halten, und aus dem Begriffe der Familie die Erklärung der sämmtlichen älteren historischen Verhältnisse zu entnehmen. So sind nach ihm die ältesten Grundlagen der Gottesverehrung auf den Kreis der Fa-

Digitized by Google

milien zurückzuführen, und das germanische Recht, in Kampf und Krieg aus der Religion hervorgegangen, ist seiner Entstehung nach nur ein Familienrecht. Ueberhaupt fallen nach der ursprünglichen Verfassung Staat, Gemeinde und Familie in Eines zusammen, und wenn gleich diese Verfassung seit der Stiftung der monarchischen Reiche manche bedeutende Veränderungen erlitten hat, so bleibt ihr wesentliches Grundprinzip dennoch bestehen. Es vereinigen sich nämlich in dem Könige zwei Eigenschaften; er ist der Eroberer, der an der Spitze einer getreuen Heerschaar oder Gefolgschaft sich ein Land unterwirft, er ist aber zu gleicher Zeit, nach dem Bande der Verwandtschaft, Oberhaupt einer großen Familie, nämlich des ihm untergebenen Volkes, so weit dasselbe germanischen Ursprunges ist. So concentrirt der Verf. selbst in der Vorrede des ersten Bandes die Summe seiner Ansichten über die erste Periode.

Das Werk ist auf sechs Bände berechnet. Die vorliegenden ersten zwei Bände handeln die erste Periode ab, die Geschichte der Germanen von den ältesten Zeiten bis zur Trennung des Ostfränkischen Reiches von dem Westfränkischen im 888 nach Chr. Geb., welche in neun Kapitel zerfällt. Erstes Kapitel, Geschichte der Germanen bis zur Gründung ihrer Königreiche in den Provinzen des römischen Reiches (bis zur Mitte des fünften Jahrhunderts) S. 2—57. Zweites Kapitel, ältester Rechtszustand der Germanen (S. 58—267). Einleitung, von der Religion und dem Rechte der Germanen im Allgemeinen (S. 58—98). I. Von der Freiheit. 1) Unterschied zwischen Freiheit und Unfreiheit —

Digitized by Google

adliche und königliche Geschlechter. 2) Haarschmuck der Freien — Blutrache — Fehderecht — Heerbann und Gerichtsbann — Fremde. II. Von der Gewehre (S. 144—181). III. Von der Vormundschaft (S. 182—218). IV. Von dem gerichtlichen Verfahren (S. 219—289); 1) im Allgemeinen, 2) von dem Eide und den Ordalien, 3) von den einzelnen Friedensbrüchen und den Strafen. — Ueberall greifen hier Familie, Religion, Recht in einander. Schwer widerstehen wir der Versuchung zu Auszügen aus einem Werke, was des Neuen so viel enthält, und in dem das Bekannte selbst durch die Combinationen, in denen es erscheint, wieder neu wird. Alle Schätze der Literatur hat der Verf. sich zu eigen gemacht, und selbstständig mit scharfem Sinne und edlem geschichtlichem Gemüthe durchdrungen.

Das dritte Kapitel gibt die Geschichte der Franken unter den Merovingern; von der Mitte des fünften Jahrhunderts bis zum Jahre 752 nach Chr. Geb. (S. 290 — 337). Viertes Kapitel, Geschichte der suevischen oder gothischen Stämme. Von der Mitte des fünften Jahrhunderts bis zum Jahre 711 (S. 338—363). Fünftes Kapitel, Geschichte der sächsischen Stämme (S. 364 — 391).

Im sechsten Kapitel wird der Rechtszustand der Germanen seit der Stiftung ihrer monarchischen Reiche (S. 392—624) abgehandelt. Und zwar I. Christlich-germanische Verfassung: 1) Gründung der germanischen Reiche durch die Gefolgschaften, wo der Verf. seine berühmte frühere Ansicht weiter ausführt. 2) Fortbildung der germanischen Verfassung unter dem Einflusse

Digitized by Google

des Christenthums und der römischen Einrichtungen 3) Fortbildung der germanischen Verfassung unter dem Einflusse des Hof-, Dienst- und Lehnrechts. Kriegsverfassung. 4) Gerichtsverfassung. Auch hier sind wir zu überwältigt von der Fülle des gegebenen Vortrefflichen, als daß wir Auszüge geben könnten. II. Aelteste Quellen des geschriebenen Rechts in den germanischen Reichen. III. Gewehre und Vormundschaft.

Köstlich ist auch das, den ersten Band beschließende, siebente Kapitel, das Christenthum bei den Germanen (S. 625—679). I. Das germanische Heidenthum im Gegensatze zu der christlichen Kirche. II. Geschichte der Einführung des Christenthums bei den Germanen. III. Vom canonischen Rechte.

Der zweite Band enthält das achte Kapitel, Geschichte des fränkischen Reichs unter den Karolingern (S. 5—172). Neuntes Kapitel, Religions- und Rechtszustand im fränkischen Reiche zur Zeit der Karolinger (S. 173—547): I. Geschichte der christlichen Kirche. II. Verhältniß zwischen Pabst und Kaiser. III. Rechtsquellen. IV. Canonisches Recht. V. Karolingische Verfassung. 1) Character der Karolingischen Verfassung im Allgemeinen — Fortdauer der Gefolgschafts-Verhältnisse — Hofbeamte. 2) Reichstage — Thronfolge — Grundsätze über die Theilungen der Karolingischen Monarchie. 3) Königliche Gewalt — Missi dominici. 4) Kriegs- und Lehnsverfassung. 5) Gerichtsverfassung und Strafrecht. VI. Privatrechtliche Verhältnisse. Freiheit — Gewehre — Vormundschaft. — Diese Schilderung der Karolingischen Periode mit besonderer Rücksicht auf Religion, Recht und Staatsverfassung ist trefflich.

Digitized by Google

Der Verf. verhehlt übrigens gar nicht, wie viel er den Forschungen von Mone, Eichhorn, Grimm, Graff, Docen verdankt. Und indem wir den Verf. gewissenhaft rühmen, ist es ferne von uns, die Verdienste von Eichhorn's Staats- und Rechtsgeschichte — von der jetzt eine neue vermehrte Ausgabe erscheint — irgend verkennen zu wollen. Es geht uns nicht wie dem Historiker Heinrich Leo, der, als er Phillips Werk mit verdientem Lobe in den Brockhausschen literarischen Unterhaltungsblättern recensirte, sich rühmte, Ludens deutsche Geschichte nicht gelesen zu haben!

Der Verf. erkennt in der Vorrede des zweiten Bandes die freundliche Unterstützung an, mit welcher ihm die Benutzung der Münchener Königlichen Hof- so wie der Universitäts-Bibliothek gestattet worden. Wir werden dadurch schmerzlich erinnert, wie viele große Juristen Preußen im Raume weniger Jahre verloren — Phillips, Blume, Mühlenbruch. Es steht uns nicht zu, zu beurtheilen, ob sie nicht zu erhalten gewesen wären, wohl aber, daß dies für das Vaterland zu wünschen gewesen. Doch zum Glücke ist in der Wissenschaft wenigstens Deutschland noch Eins, seine Gelehrten, von einem Lande ins andere ziehend, bilden noch eine achtbare Republik, und die, einladenderen Rufen Folgenden bleiben uns unverloren.

Mit Sehnsucht sehen wir der Fortsetzung dieses Werkes entgegen, was Keiner, der über Gegenstände der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte mitreden will, fortan entbehren kann. —

Digitized by Google

LVII.

Bibliothek des Preußischen Rechts. Ein vollständiges Verzeichniß aller über das Preußische Recht von den ältesten Zeiten an bis Ende Januar 1835 erschienen Werke und Abhandlungen. Herausgegeben von Ferd. Julius Hasemann, Königl. Preuß. Justiz-Commissarius. Nebst Inhalts-Verzeichniß und doppeltem Register. Berlin. Verlag der Buchhandlung von J. A. List. 1835. gr. 8. S. 188. Pr. 25. Sgr.

Recension

von

Sommer.

Der Verfasser hat in 2823 Nummern die Literatur des Preußischen Rechts dargestellt. O quam multa, quae non desidero, dürfte Mancher mit dem Philosophen ausrufen. Dabei sind nur die Provinzialrechte der Provinz Brandenburg vollständig, über die andern Provinzen wird noch ein Anhang um civilen Preis folgen. Dieser Literatur-Reichthum kann nur dadurch gewältigt werden, daß man ihn kennen lernt. Der Verf. verdient daher den Dank des Publikums ob der schwierigen Arbeit, der er sich unterzogen. Gäbe es nicht eine eigene Liebhaberei für solche Arbeiten, so wäre das dadurch gebrachte

Digitized by Google

Opfer fast zu groß, als daß man es von einem vielbeschäftigten praktischen Juristen erwarten könnte.

Der Verfasser stellt I. die Literatur der allgemeinen Gesetzgebung dar, und zwar A. Aelteres Recht, 1) Materielles, erste Periode bis 1749 (9 Nummern), zweite Periode von 1749—1780 (Nr. 16—70.), dritte Periode von 1780—1784 (Nr. 71—77b.), vierte Periode von 1784—1788. (Nr. 77b—106.), fünfte Periode von 1788—1791. (Nr. 107—115.) 2) Formelles Recht. (Nr. 116—117.) Das B. neuere Recht theilt sich wieder in 1) Materielles, und hier ist unterschieden die erste Periode von 1791—1794 (Nr. 172—200.), und zweite Periode von 1794 bis 1825, allgemeines Landrecht und dessen Declarationen. Der Verf. verfolgt hier, nachdem er in 7 Abtheilungen, das Allgemeine — Literatur des Preußischen Rechts, Geschichte, Critik, Vergleichung mit fremden Rechten, Systeme, Lehr-, Hand- und Hülfsbücher, Repertorien und Commentare, Sammlungen der neueren Gesetze und Ministerial-Verfügungen, so wie einzelne Aufsätze u. s. w., vermischte Schriften — vorausgeschickt hat (Nr. 201 bis 454.), in der achten Abtheilung die Erläuterung einzelner Bestimmungen des allgem. Landrechts nach der Ordnung desselben, (Nr. 455—1222.) Hierauf folgt: 2) Formelles Recht. a) Allgemeine Gerichts-Ordnung (Nr. 1223—1430.); b) allg. Hypotheken-Ordnung (Nr. 1431—1450.); c) allg. Deposital-Ordnung (Nr. 1451—1461.); d) allg. Criminal-Ordnung. (Nr. 1462 bis 1545.) — Hierauf folgt: 3) Die Literatur der Gebührentaxe (Nr. 1546—1557.), bekanntlich eine der

Digitized by Google

schwierigsten Disciplinen des Preuß. Rechtszustandes, und wohl, so wie 4) das Stempelgesetz (Nr. 1558—1582.) zu Examens-Fragen geeignet, sofern nicht bald eine neue Gesetzgebung die Sache vereinfacht. — Sodann wird C. das neueste Recht, seit der Gesetzrevision von 1825 (Nr. 1583—1627.) abgehandelt, und in einem Anhange folgen A. Cameral-, Polizei- und Finanzwissenschaft. (Nr. 1628—1691.) B. Medicina forensis. (Nr. 1692 bis 1709.) C. Populär-Schriften. (Nr. 1710—1778.) — Die II. Hauptabtheilung bilden die Provinzial- und statutarischen Rechte, und zwar A. Literatur der Provinzialrechte überhaupt (Nr. 1779—1781.); B. Recht der einzelnen Provinzen, und zwar hier 1) Mark Brandenburg vollständig (Nr. 1782—2143.), und die übrigen Landestheile (Nr. 2144—2823.) minder vollständig, weil der vom Verleger bestimmte Raum des Werkes sonst zu sehr überschritten worden wäre. Besonders ist hier aber die vollständige Literatur derjenigen Schriften und Abhandlungen geliefert die in v. Kamptz Provinzial- und Statutar-Rechten noch nicht aufgenommen worden, und da letzteres Werk in den Händen aller Literaturfreunde ist, so liegt wegen der Literatur der Provinzialrechte vor der Hand kein weiteres Bedürfniß vor.

Wir danken dem Verf. noch einmal im Namen des juristischen Publikums, und enthalten uns aller Betrachtungen über das reine Produkt der gesammten behandelten Literatur.

Digitized by Google

LVII.

Ueber die Anwendbarkeit der prätorischen de recepto actio auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Postanstalten, Fuhrleute u. s. w. nach gemeinem Rechte. Ein civilrechtlicher Versuch von Otto E. Funkhänel, Regierungs- und Consistorial-Sekretär zu Glaucha. Glaucha, Verlag der Flinzerschen Buchhandlung. 1836. 8. 50 S.

Recension
von
Sommer.

Der Verf. beschäftigt sich hier mit dem Beweise, daß die analoge Anwendung der prätorischen de recepto actio auf die Ersatzverbindlichkeit der Posten und derjenigen öffentlichen sowohl als Privat-Fuhrleute, welche das Transportiren fremder Sachen an entfernte Orte als ein fortwährendes, öffentliches Gewerbe betreiben, nicht nur zulässig ist, sondern auch durch die Natur und das Wesen des zwischen ihnen und den Eigenthümern oder Versendern der übernommenen Sachen bestehenden Rechtsverhältnisses nothwendig geboten wird — daß überhaupt und im Allgemeinen jene prätorische Klage auf alle diejenigen Personen, Anstalten, Rechtsgeschäfte, bei

Digitized by Google

welchen die ratio des Edikts sich wieder findet, erstreckt werden dürfe und müsse. Da schon die L. 1. §. 4 ff. nautae caupones etc. das Beispiel einer extensiven Erklärung des Edikts gibt, so kann die vom Verf. behauptete Ausdehnung nicht befremden. Er führt dafür aber auch insbesondere (S. 38 ff.) ein bisher wenig beachtetes Gesetz, L. 14. §. ult. ff. de furtis (47, 2) an, und gibt hierüber die weiteren angemessenen Entwickelungen. — Eigentlich ist das ganze Edikt nur eine sehr vernünftige Vorschrift über die Beweislast, die hier nach den Verhältnissen des Verkehrs nur den Fuhrmann ꝛc. treffen konnte, und um so weniger kann also einer Anwendung dieser Satzung auf gleiche Fälle etwas entgegenstehen. Bekanntlich hat das allg. Preuß. Landrecht (Thl. II. Tit. 15. §. 157.) die Verpflichtungen der Schiffer gegen Reisende und Befrachter — insbesondere die der §§. 1734. 1735. — auf die Post-Anstalten ausgedehnt, also das ausgesprochen, was der Verf. hier als gemeines Recht vindizirt.

Der Verf. hat bei diesem seinem ersten civilrechtlichen Versuche gründliche Rechts- und Literatur-Kenntnisse bewiesen.

Digitized by Google

LIX.

Ausführliches systematisches Handbuch des Preußischen Privatrechts, bearbeitet von Johann Franz Thöne, Königl. Preuß. Ober-Landesgerichts-Referendarius. Erster Band. Abfassungs-Geschichte des Allgem. Landrechts und allgemeiner Theil, einschließlich der Lehre vom Besitz und der Verjährung. Zweite Abtheilung. Leipzig, in der Hahn'schen Verlags-Buchhandlung. 1835.

Auch unter dem Titel:

Fundaments-Lehren des Preuß. Privatrechts, einschließlich der Abfassungs-Geschichte des Allg. L. R. und der Lehre von dem Besitz und der Verjährung, systematisch bearbeitet von ꝛc. Zweiter Band. gr. 8. S. 355.

Recension

von

Sommer.

Der zweite Band dieses — Jahrg. I. S. 379. rücksichtlich des ersten Bandes angezeigten — Werkes enthält die drei letzten Kapitel des ersten Buchs, und zwar: Kapitel IV. Von den Sachen. I. Begriff von Sachen und Substanz der Sache, Unterscheidung der Sachen in körperliche und unkörperliche. (§. 159. 160.) II. Arten von Sachen. (§. 161—177.) III. Einige

Digitized by Google

besondere auf Sachen sich beziehende Worterklärungen. (§. 178—187.) Kapitel V. Von den Handlungen. A. Begriff und Arten derselben. (§. 188.) B. Von den Rechtsgeschäften. (§. 189—232.) C. Von den unerlaubten Handlungen. (233—239.) Kapitel VI. Raum und Zeitverhältnisse. I. Vom Wohnorte. (§. 240. 241.) II Vom Besitz und dessen Schützung. (§. 242—287.) III. Allgemeine Grundsätze über Zeitabschnitte und Zeitberechnung. (§. 288. 289.) IV. Von der Verjährung. (§. 290—328.) — Man sieht, der Inhalt dieses Bandes ist reich. Ist Bornemann's Werk ein gründlicher Commentar, so ist Thöne's Werk ein Hand- und Lehrbuch, mit einer schönen ruhigen Abrundung uns alles Wichtige des Rechts vorüberführend. Wenn wir bei der ersten Recension (S. 381) bemerkten, daß der Verfasser nicht gerade viele eigene neue Meinungen habe, so sollte dies kein Tadel seyn, es ist bei einem solchen Werke nicht anders möglich. Der Verf. hat auch in diesem Bande bewiesen, daß er die Lehren durchdrungen und dadurch auch zu selbstständigen Forschungen gekommen.

Um Einiges zu bemerken, machen wir auf S. 47. aufmerksam, wo der Verf. die landwirthschaftlichen Verschiedenheiten der Provinz Westphalen und der östlichen Provinzen rücksichtlich des Inventars als Zubehörs von Landgütern heraushebt. Man dringt uns hier den Sprachgebrauch der östlichen Provinzen auf, und es entstehen daraus große Rechtsverletzungen. So wurde noch vor wenig Jahren ein Gut im Siegenschen subhastirt, und es fiel keinem Menschen ein, das Inventar — was darum auch nicht mitgeschätzt war — als mitverkauft anzusehen, der Gutskäufer wollte es nachträglich vom Subhastaten kaufen, als sie des Preises nicht einig wurden, ergab sich endlich, daß der östliche Sprachgebrauch ihm das Inventar umsonst zuwende, drei Instanzen mußten es ihm zuerkennen, und er erhielt die letzte Habe des Armen. Schwerlich hat Jemand durch Einführung des Lateinischen Rechts der Römer verhältnißmäßig so viel gelitten, als dieser

Digitized by Google

Armuth durch den hier eingeführten aber nicht ins Leben gedrungenen deutschen östlichen Sprachgebrauch. Es ist nicht genug, daß man die alten Provinzialrechte erforscht, man sollte doch wenigstens auch den noch im Leben bestehenden provinziellen Verschiedenheiten Anerkennung verschaffen, wie übrigens auch schon vor 30 Jahren im Entwurfe des Cleve-Märkischen Provinzialrechts beabsichtigt war. Der Rath des Verfassers, eine allgemeine Rede bei Contrakten möglichst zu vermeiden, hilft uns wenig, der Gesetzgeber muß dem Sprachgebrauche des Lebens folgen, soll das Volk nicht in unnöthige Verlegenheiten und Schäden stürzen, die Sprache bildet sich von unten, nicht von oben.

S. 75—81. bemüht sich der Verf., die Widersprüche, welche das Landrecht bei der Lehre von praedia rustica und urbana hat, zu beseitigen, aber, wie es uns scheint, nicht mit Erfolg. Das Gesetz ist hier nun einmal inconcien, warum es verhehlen? (s. auch S. 75 bis 82 dieses Jahrgangs des Archivs.)

S. 427. macht der Verf. die sehr richtige Bemerkung, daß das Landrecht ein wirkliches possessorium dem gemeinen Recht gemäß vor Augen gehabt, und dabei nicht daran gedacht, daß die Gerichts-Ordnung ein solches bereits ausgeschlossen habe. Ob inzwischen nicht dennoch, was der Verf. mit Koch bestreitet, das Recht zum Besitz im ordentlichen Prozeß verfolgt werden könne, möchte sich doch noch fragen, und wenigstens die Frage sich in die actio publiciana verlieren. Keinen Falls können wir übrigens mit dem Verf. einverstanden seyn, wenn er S. 432. 433. die Regel petitorium liquidum absorbet possessorium, für uns aufstellen will; für den Possessorien-Richter gibt es kein liquides petitorium, liquid ist nur, was in der Form Rechtens, im gesetzlichen Instanzen-Zuge ausgesprochen ist, nicht aber was einem Richter, von dem man nicht appelliren kann, der nur bis zur ersten Entscheidung in petitorio den Besitz reguliren soll, so scheint.

Digitized by Google

Wenn — um bei der Beschränktheit unseres Raumes doch auch etwas von der Verjährung zu sagen — der Verf. S. 489. es auffallend findet, daß der Satz: quae ad agendum sunt temporaria, ad excipiendum sunt perpetua, in unsrer Gesetzgebung ganz mit Stillschweigen übergangen, so finden wir das sehr natürlich, da der Satz auch gemeinrechtlich nur höchst bedingt wahr ist. (Siehe Meine rechtswissenschaftlichen Abhandlungen 1818 S. 1—56. Unterholzner Verjährung 1828 Bd. 2. S. 20 ff.) Es sind hierüber kürzlich bei Gelegenheit des die einredeweise Verfolgung der Gewährsmängel gestattenden Ober-Tribunals-Erkenntnisses vom Justiz-Ministerium bedeutende Untersuchungen veranlaßt worden.

Es gebricht uns am Raume, um noch besonders auf das viele Vortreffliche im Handbuche des Verfs. aufmerksam zu machen. Es wird für die gründliche Bildung unserer Juristen sehr vortheilhaft wirken. Da der Verfasser Justiz-Commissar geworden, so haben Manche an der Fortsetzung des Werkes gezweifelt, wir inzwischen nicht. Bei einer vernünftigen Zeit-Eintheilung kann man unglaublich Viel, und die Idee eines solchen Werkes, überhaupt literarische Bestrebungen sind ein unschätzbarer Fanal in der mitunter nicht sternerhellten Nacht der Praxis. Auf der andern Seite ist es aber auch vorzüglich der Advokat, der das Recht in seinen Wirkungen auf das Volk erfährt, und daher, seiner Vorbildung nach auch die Intuition des Richters besitzend, sich so recht heimisch im Rechte, in den Trefflichkeiten und in den Ungefügigkeiten der Gesetzgebung und Rechtsprechung findet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google